



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Situación Jurídica de la mujer en Roma.

Autora

Inés Sarasa Noriega

Directora

Dra. D^ª. María Victoria Sesma Urzaiz.

Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza.
Curso 2013/2014

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| ABREVIATURAS..... | 4 |
| I. INTRODUCCIÓN | |
| 1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO..... | 5 |
| 2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS..... | 5 |
| 3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO..... | 6 |
| II. LA MUJER EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO..... | 7 |
| 1. INCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICOS | 8 |
| 2. EXCLUSIÓN DE LOS <i>OFFICIA CIVILIA ET PUBLICA</i> | 8 |
| 3. PARTICIPACIÓN EN LA ESFERA RELIGIOSA..... | 10 |
| III. LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO | 10 |
| 1. LA PALABRA PERSONA Y SUS ACEPCIONES..... | 10 |
| 2. PERSONA Y SUJETO DE DERECHO EN ROMA..... | 11 |
| 3. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR EN ROMA..... | 12 |
| 4. LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHO..... | 14 |
| IV. EL <i>STATUS FAMILIAE</i> DE LA MUJER: <i>ALIENI IURIS</i> Y <i>SUI IURIS</i> | 15 |
| 1. LA MUJER <i>ALIENI IURIS</i> | 15 |
| 1.1. La <i>filia familias</i> sometida a la <i>patria potestas</i> del <i>paterfamilias</i> | 15 |
| A) Situación de la <i>filia</i> en la familia..... | 16 |
| B) El <i>peculium filiae familias</i> | 18 |
| 1.2. La <i>filia familias</i> sometida a la <i>manus</i> del <i>paterfamilias</i> | 21 |
| A) La <i>conventio in manum</i> | 21 |
| B) Disolución de la <i>manus</i> | 23 |
| C) Situación de la esposa <i>cum manu</i> en la familia..... | 24 |
| 2. LA MUJER <i>SUI IURIS</i> | 25 |
| V. LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LA MUJER <i>SUI IURIS</i> : LA <i>TUTELA MULIERUM</i> | 26 |

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 27 |
| 2. IRRACIONALIDAD DE LA <i>TUTELA MULIERUM</i> CLÁSICA..... | 28 |
| 3. LOS TRES GÉNEROS DE LA <i>TUTELA MULIERUM</i> | 32 |
| 3.1. <i>Tutela mulierum testamentaria</i> | 33 |
| 3.2. <i>Tutela mulierum legítima</i> | 33 |
| 3.3. <i>Tutela mulierum decretalis</i> | 34 |
| 4. FUNCIONES DEL <i>TUTOR MULIERIS</i> | 35 |
| 5. RESPONSABILIDAD DEL <i>TUTOR MULIERIS</i> | 37 |
| 6. INVOLUCIÓN DE LA TUTELA DE LAS MUJERES..... | 37 |
| VI. LIMITACIONES A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER <i>SUI IURIS</i> | 39 |
| 1. INCAPACIDADES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA..... | 39 |
| 1.1. La mujer no goza de la <i>patria potestas</i> sobre los hijos..... | 39 |
| 1.2. La mujer no puede adoptar ni, por supuesto, arrogar..... | 39 |
| 1.3. La mujer no puede ser tutora ni curadora..... | 40 |
| 2. INCAPACIDADES EN EL ÁMBITO PROCESAL..... | 41 |
| 2.1. La mujer no puede intentar la <i>accusatio</i> en los <i>iudicia publica</i> | 41 |
| 2.2. La mujer no puede ejercitar las acciones populares..... | 41 |
| 2.3. La mujer no puede <i>postulare pro aliis</i> | 41 |
| 3. EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE OBLIGACIONES..... | 44 |
| La prohibición de <i>intercedere</i> establecida para las mujeres por el Senadoconsulto Veleyano (s. I d. C.) | |
| 4. INCAPACIDADES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO SUCESORIO..... | 47 |
| 4.1. La mujer no puede ser testigo en un testamento..... | 47 |
| 4.2. La mujer tiene capacidad limitada para suceder por testamento en virtud de la <i>Lex Voconia</i> | 47 |
| VII. LA MUJER EN EL DERECHO DE SUCESIONES | 47 |
| 1. LA MUJER EN LA SUCESIÓN <i>AB INTESTATO</i> | 48 |
| 2. LA MUJER EN LA SUCESIÓN TESTADA..... | 51 |
| VIII. CONCLUSIONES | 52 |
| BIBLIOGRAFÍA | 59 |

ABREVIATURAS

a. = año.

a. C. = antes de Cristo.

AHDE = Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid).

C. = Código de Justiniano.

C. Th. = Código Teodosiano.

D. = Digesto de Justiniano.

d. C. = después de Cristo.

Fr. Vat. = *Fragmenta Vaticana*.

Gayo = Instituciones de Gayo (cuando no va seguido de cita del Digesto).

I. = Instituciones de Justiniano.

Nov. = Novelas de Justiniano.

pr. = *principium*.

RIS = Revista Internacional de Sociología.

s. = siglo.

S.C. = Senadoconsulto.

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO FIN DE GRADO

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la “Situación jurídica de la mujer en Roma”. Nos proponemos trazar una panorámica general de una cuestión excesivamente amplia y compleja, pero en la que necesariamente han de ser tratados aspectos más específicos. Conviene tener presente que la historia de Roma abarca un período extensísimo de aproximadamente trece siglos, dificultad que se ve agravada por el hecho de que el tema que nos ocupa no tuvo un desarrollo lineal ni único. Atendiendo a la consideración social de la mujer en cada etapa del Derecho romano, a partir de los *mores maiorum* y de la Ley de las XII Tablas, se introdujeron diversas modificaciones mediante leyes comiciales y plebiscitos, el edicto del pretor, la legislación matrimonial de Augusto, senadoconsultos y constituciones imperiales que, junto con la interpretación y las resoluciones de los *iurisprudentes*, marcaron la evolución de la situación jurídica de la mujer en el camino hacia su emancipación.

Nos parece necesario advertir que, dada la amplitud y complejidad de la cuestión, nos vamos a centrar en la situación jurídica de la mujer libre, ciudadana romana e ingenua, teniendo en cuenta su posición en la familia agnaticia romana como *alieni iuris* o *sui iuris*. No vamos a tratar, ya que excede del objeto de nuestro trabajo, la situación jurídica de las esclavas ni de las extranjeras y sólo, en algunos aspectos, la de las libertas ciudadanas romanas.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Durante estos cuatro últimos años, en los que vengo cursando los estudios de Grado en Derecho, me ha interesado especialmente la situación jurídica de la mujer en el Derecho actual, así como los logros sociales y jurídicos que han jalonado el lento, difícil y, en mi opinión, todavía inconcluso proceso hacia la plena igualdad jurídica. Reflexionando sobre los motivos que han podido causar estas dificultades, me he

planteado que la razón última puede encontrarse en el Derecho romano, que tanto ha influido en nuestro Derecho actual.

El motivo que justifica nuestro trabajo es que, si bien el tema de la mujer en Roma ha sido objeto de preocupación y de exhaustivo estudio, no sólo por parte de los historiadores sino también por nuestra doctrina romanística, como pone de relieve, entre otras, la excelente e imprescindible monografía del Profesor Manuel García Garrido, sobre el régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano, para el que acuñó el término *Ius Uxorium* (Roma-Madrid, 1958), se trata fundamentalmente de trabajos que abordan en profundidad cuestiones específicas. Por ello, nos ha parecido interesante elaborar un trabajo que aborde la cuestión de la “Situación jurídica de la mujer en Roma”, trazando una panorámica general desde el punto de vista jurídico, pero a un nivel más elemental y divulgativo, teniendo en cuenta su finalidad.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Se trata de un tema que no aparece en los tratados elementales y manuales de Derecho romano acotado en una sede independiente, es decir, no hay en ninguno un capítulo aparte titulado “Situación jurídica de la mujer en Roma”, sino que aparece disperso a lo largo de la exposición de las distintas Instituciones del Derecho romano. Partiendo de la lectura y estudio de dichas obras elementales y de la bibliografía básica de nuestra doctrina romanística, hemos extraído las peculiaridades de la situación jurídica de la mujer en algunas de las Instituciones más relevantes, teniendo en cuenta la evolución histórica de las mismas desde su origen en la Ley de las XII Tablas hasta su formulación en el Derecho justiniano.

Además, hemos consultado los textos más relevantes que sobre este tema nos han llegado a través de las fuentes del Derecho romano, fundamentalmente, las Instituciones de Gayo y el *Corpus Iuris Civilis*, en especial, los fragmentos de las obras de los juristas clásicos compilados en el Digesto de Justiniano.

Por último, hemos recogido todo este material en el trabajo que presentamos, siguiendo la estructura que nos ha parecido más lógica y coherente. En primer lugar,

tratamos de la incapacidad absoluta de la mujer en el ámbito del Derecho público, para a continuación abordar la complicada cuestión de su capacidad en algunos ámbitos del Derecho privado, a pesar de la innegable importancia de las limitaciones que sufrió no sólo en su capacidad jurídica sino también, al menos hasta la época clásica, en su capacidad de obrar.

II. LA MUJER EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO

Las mujeres romanas sufrían una incapacidad general en materia de Derecho público. A pesar de que algunas mujeres mantenían una influencia política fuera de lo normal y, en muchos casos, muy superior a gran parte de los varones, participando activamente en las conspiraciones o enfrentándose seguras de su fuerza al poder establecido, la verdad es que sus derechos políticos no les fueron nunca reconocidos legalmente¹.

El hecho de habérseles reconocido otra clase de derechos, en particular los de tipo económico², no puede hacer olvidar esta gran laguna en lo que a su total liberación se refiere. La emancipación de la mujer se encontró con un muro en su camino que resultó demasiado grueso para que pudiese ser derribado; el Estado romano no reconocía ninguna clase de derechos políticos para el elemento femenino, por lo que sus posibilidades en este terreno se vieron rechazadas de plano³.

¹ En este sentido, *vid.* DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, Granada, 1976, pp. 167 ss.

² DEL CASTILLO, A., “El papel económico de las mujeres en el Alto Imperio Romano”, *RIS* XXXII, 1974, pp. 59 ss.; ID., “Apuntes sobre la situación de la mujer en la Roma Imperial”, *Latomus* 38 (1979) pp. 173-187.

³ Ésta es la opinión sostenida por Simone de Beauvoir (*Le Deuxième Sexe I. Les faits et les mythes*, París, 1949, p. 151) cuando dice: “... mais ce n’est que d’une manière négative qu’elle s’émancipe puisqu’on ne lui propose aucun emploi concret de ses forces. L’indépendance économique demeure abstraite puisqu’elle n’engendre aucune capacité politique... ».

1. INCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

Pasando por alto la influencia y participación indirecta en la vida pública, sin duda real y eficaz, la mujer no puede encontrarse en una posición más negativa. Carecía de las tres facultades fundamentales que emanaban del derecho de ciudadanía⁴. A saber:

- El *ius suffragii*: derecho al voto en las asambleas comiciales: *cum feminis nulla comitiorum communio* (Aulo Gelio, *N. A.* 5, 19);
- El *ius honorum*: derecho de asumir cargos públicos y ser designado para el desempeño de una magistratura;
- El *ius militiae*: derecho a formar parte del ejército, integrando las legiones, y a participar en la organización de la milicia en general.

Además, en el proceso magistratural-comicial, a la mujer le falta en principio la capacidad procesal, siéndole negado el derecho a la *provocatio ad populum*⁵.

2. EXCLUSIÓN DE LOS *OFFICIA CIVILIA ET PUBLICA*

Su participación, por tanto, era nula en la vida política -que no pública- de la *Civitas*, lo que quedaba reservado exclusivamente al varón ciudadano, así como en los diferentes órganos constitucionales, estándole vedado el acceso a las Asambleas populares, a las Magistraturas, al Senado y a los Tribunales de Justicia, al no permitírsele actuar como juez, abogada, ni procuradora; lo que se puede predicar tanto de la época republicana como del Imperio, en que no desempeña ninguna función administrativa ni, por supuesto, puede alcanzar la dignidad imperial, ni, incluso la regencia, al menos reconocida oficialmente. A esto habría que añadir su exclusión de la tutela y curatela, tenidos dentro de los *officia civilia et publica* en el Derecho romano, y

⁴ RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo* (A. López – C. Martínez – A. Pociña, eds.), Granada, 1990, p. 99.

⁵ GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma – Madrid, 1958, p. 153 n. 45.

de los que trataremos más adelante; situación ésta que el Jurisconsulto Ulpiano⁶ recoge en un texto, según el cual:

“Las mujeres están apartadas de todas las funciones civiles y públicas, y por ello no pueden ser jueces, ni tener magistratura, ni actuar como abogadas, ni intervenir en representación de alguien, ni ser procuradoras. También el impúber debe abstenerse de todas las funciones civiles” (D.50.17.2pr.).

Dando como razón en otro texto:

“evitar que las mujeres se mezclen en causas ajenas en contra del pudor propio de su sexo, y desempeñen oficios viriles” (D.3.1.1.5).

Y que otro jurisconsulto, Paulo, atribuye a las costumbres:

“más no todos los individuos pueden ser nombrados jueces por aquellos que tienen poder para nombrar juez, pues algunos están impedidos por la ley, otros por la naturaleza y otros por las costumbres; ...por las costumbres, las mujeres y los esclavos, y no por carecer de juicio, sino porque está admitido que no puedan desempeñar funciones civiles” (D.5.1.12.2).

Reiterándolo en otro pasaje, a propósito de otras manifestaciones de la incapacidad de la mujer:

“porque al igual que la costumbre privó a las mujeres de las funciones civiles y en la mayoría (de ellas) no vale de propio derecho lo que hacen...” (D.16.1.1.1).

Será precisamente en esa conciencia y voluntad pública, manifestada a través de la costumbre, donde fundamentalmente hay que buscar esta separación de cualquier puesto o tarea pública, y el que se le reserve como ámbito de actuación la *domus* y se limiten sus funciones a estar al frente del hogar y al cuidado de éste, de su marido e hijos, funciones que vendrían a ser reafirmadas por influjo del Cristianismo.

A ello habría que añadir, según Resina⁷, de un lado la nula participación en el proceso de formación de la *Civitas*, eminentemente centrada en el *officium* de las armas (*Quirites*), y de otro, la también inexistente postura reivindicativa a obtener algún reconocimiento en la vida política y administrativa, cosa que no sucede en el ámbito del derecho privado donde sí existe esa reivindicación de independencia. Incluso la legislación justiniana, que contribuye a hacer desaparecer la desigualdad entre los dos sexos, no va a reconocer a la mujer la capacidad para los oficios públicos.

⁶ Sobre estos fragmentos de Ulpiano, *vid.* RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Ediciones Clásicas, Madrid, 1996 pp. 84 s.

⁷ Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *cit.*, p. 101.

3. PARTICIPACIÓN EN LA ESFERA RELIGIOSA

Diferente es el panorama que nos encontramos en la esfera religiosa⁸, ya que la mujer pudo desempeñar, y de hecho desempeñó, cargos sacerdotales, como es el caso de *flamen* o sacerdotisa de la diosa Vesta, esta última exenta de tutela⁹ “en honor de su sacerdocio”, según nos dice Gayo en sus Instituciones (1.145), a la vez que sale de la potestad del padre de familia (1.130), y con capacidad para poder participar en el culto tanto público como privado.

III. LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO

Es sabido que, en general, los conceptos jurídicos modernos, sobre todo en el ámbito del Derecho privado, tienen su raíz remota en el Derecho romano. También, que el casuismo de este Derecho y la practicidad de sus juristas, volcados en solucionar el caso concreto y no en formular abstracciones y teorías, hace que, a veces, algunos de estos conceptos no coincidan, fielmente, con el pensamiento romano ni reflejen el paulatino proceso de su formación. Esto ocurre, en particular, con el concepto de sujeto de derecho o, si se prefiere, con los de persona y capacidad, términos íntimamente ligados¹⁰.

1. LA PALABRA PERSONA Y SUS ACEPCIONES

En la actualidad, la palabra persona¹¹ presenta dos principales acepciones. Una vulgar como sinónimo de “hombre”, de “ser humano”, y otra jurídica para designar al

⁸ Sobre el papel de las mujeres en los cultos orientales, *vid.* DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, cit., p. 78; GAGO DURÁN, M., *La emancipación de la mujer romana en la Bética del Alto Imperio*, Córdoba, 2012, pp. 53 ss.

⁹ *Vid.* CASADO, M. J., *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid, 1972, pp. 49 ss.

¹⁰ Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 203 ss.

¹¹ El término «persona», etimológicamente, viene de su homónimo latino *persona*, derivado del verbo *persono*, compuesto, a su vez, de *per* (a través de) y *sonare* (producir algún sonido). En principio significó “máscara”, designando la careta usada por los actores en escena, que les servía para caracterizarse y ahuecar su voz. Más tarde se usó, también, para referirse al propio “actor”; después, para aludir al actor de la vida social, es decir, al “hombre” y, por último, en el ámbito jurídico, para designar al “sujeto de derecho”.

“sujeto de derecho”. En sentido técnico-jurídico, se llama persona a todo ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, es decir, a todo el que reúne en sí los requisitos necesarios para que puedan atribuírsele las facultades o poderes que constituyen los derechos subjetivos, así como para poder ser constreñido a cumplir deberes jurídicos. Y como esta aptitud de alguien para ser titular de derechos y obligaciones se designa con la expresión “capacidad jurídica”, podríamos definir concisamente: persona en sentido técnico-jurídico, sujeto de derecho, es el ser con capacidad jurídica¹².

Estas dos acepciones de la palabra persona no siempre coinciden ya que: a) en Roma, no todo hombre –ser humano- es sujeto de derecho y b) hoy, no todo sujeto de derecho es hombre –ser humano- porque pueden tener tal carácter ciertas organizaciones, agrupaciones de hombres –corporaciones o asociaciones- y ciertas ordenaciones de bienes –fundaciones-. A estos sujetos, por contraposición al hombre - persona física- se les suele llamar personas jurídicas.

2. PERSONA Y SUJETO DE DERECHO EN ROMA

La doctrina del sujeto de derecho y el uso, a este respecto, del vocablo persona, en Derecho romano, puede resumirse así¹³:

1º) El término *persona* coincide con nuestra acepción vulgar de hombre y sólo a él se aplica sin referencia jurídica alguna. a) Son personas, por tanto: los libres –*liberi*- y los esclavos –*servi*-; los ciudadanos romanos –*cives*-, los latinos –*latini*- y los extranjeros –*peregrini*- y los que, en la familia, son independientes –*sui iuris*- o dependen de la potestad familiar de otro –*alieni iuris*-. b) Sin embargo, no son sujetos de derecho los esclavos y los extranjeros y sólo lo son, en forma restrictiva, los latinos y los sujetos a potestad.

2º) Falta un nombre técnico para designar al sujeto de derecho, aunque existe un titular de relaciones jurídicas, cuyo exponente es el jefe de familia –*paterfamilias*-.

¹² Cfr. ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, 18ª ed., Tercera reimpresión, vol. I, Madrid, 1991, pp. 57 ss.

¹³ Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano*, *cit.*, pp. 204 s.

3. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR EN ROMA

En una acepción vulgar y amplia, capacidad equivale a “aptitud”. Si tal “aptitud” se toma con relación al Derecho, es lógico se hable de capacidad jurídica. Con ello, se alude a la aptitud para la tenencia o goce de derechos, con independencia de su efectivo ejercicio. Sin embargo, los derechos se tienen para ejercerse. Por ello, junto a la capacidad jurídica se habla de capacidad de obrar¹⁴, que designa la aptitud para ejercerlos, pues “obrar” es sinónimo de “ejercer” o “actuar”.

La doctrina del Derecho romano sobre la capacidad jurídica cabe resumirla así¹⁵:

1º) Falta un nombre técnico para designarla, ya que *capacitas*, *capax* y *caput* no son utilizados con este carácter genérico¹⁶.

2º) Existen ciertos términos con el valor de una capacidad jurídica específica y que designan la aptitud de alguien para poder ser titular de una determinada relación. Así, entre otros: *commercium* o aptitud para enajenar; *conubium* o aptitud para contraer matrimonio y *testamentifactio* o aptitud para intervenir, otorgar o recibir por testamento.

3º) No es atributo de la naturaleza humana y por ende permanente, sino consecuencia de una triple situación –*status*– que puede alterarse.

El Derecho romano, aún en su fase más evolucionada, no proclama –aunque tienda a ello– la igualdad jurídica de todos los hombres. Tres razones se oponen a ello: 1ª) que Roma admite la esclavitud y los esclavos, aún hombres, no tienen tal capacidad; 2ª) que concibe su derecho –*ius civile*– como algo propio y exclusivo de sus ciudadanos –*cives*– por lo que no contempla a quienes no lo son¹⁷ y 3ª) que su sociedad primitiva se

¹⁴ Sobre la capacidad de obrar en el Derecho romano y las circunstancias que la excluyen o disminuyen, vid. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10ª ed., Barcelona, 1990, pp. 151 ss.; PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, pp. 207 ss.

¹⁵ Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, p. 206.

¹⁶ Vid. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones, cit.*, pp. 119 s.

¹⁷ Este requisito, con el tiempo, se diluirá: 1º) al empezarse a reconocer cierta capacidad limitada al no ciudadano –aunque con referencia a su propio derecho y al de gentes– y 2º) con la *constitutio Antoniniana* (212), al extender a todo habitante del Imperio la ciudadanía romana, proclamando la igualdad jurídica de todos los hombres libres.

basa en el carácter patriarcal de la familia, por lo que sólo su jefe –*pater familias*- tendrá plena aptitud –capacidad- ante el Derecho¹⁸.

Por ello, en el Derecho romano, para tener plena capacidad jurídica, además de una serie de requisitos naturales relativos al nacimiento –único que preocupa al derecho actual-, se exigen otros requisitos civiles¹⁹. Es necesario ostentar una triple situación –*status*- de privilegio: respecto a la libertad –*status libertatis*-, hay que ser libre; respecto a la ciudadanía –*status civitatis*-, hay que ser ciudadano romano, y respecto a la familia –*status familiae*-, hay que ser *sui iuris*.

La expresión *Status Familiae* alude a la situación de una persona libre y ciudadana dentro del grupo familiar agnaticio²⁰. Gayo dice que: algunas personas –*quaedam personae*- son independientes –*sui iuris sunt*-, esto es, se pertenecen a sí mismas, no dependen del derecho de otro, y otras están sujetas a un poder o derecho ajeno –*quaedam alieno iuri subiectae sunt*-²¹.

Así pues, dentro del grupo familiar agnaticio las personas pueden ser:

- *alieni iuris*: son las personas libres y ciudadanas, con independencia de su edad y sexo, que están sometidas a alguno de los poderes del *paterfamilias*.
- o *sui iuris*: son las personas libres y ciudadanas, con independencia de su edad y sexo, que no están sometidas a ninguno de los poderes del *paterfamilias*. En definitiva, son las personas independientes, los primeros de su familia. En las Reglas de Ulpiano se dice: Son independientes –*Sui iuris sunt*- los primeros de su familia –*familiarum suarum principes*- esto es –*id est*- el padre de familia –*pater familiae*- y también la madre –*itemque mater familiae*-.

¹⁸ Con el tiempo, el gran número de excepciones a la incapacidad patrimonial de los *alieni iuris* terminará por consagrar lo contrario, jugando un papel decisivo el régimen de los peculios.

¹⁹ Vid. ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano, cit.*, vol. I, pp. 59 ss.

²⁰ Vid. IGLESIAS, J., *Derecho Romano, cit.*, pp. 149 ss.; ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano, cit.*, vol. I, pp. 79 ss.

²¹ Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, pp. 250 ss.

El varón *sui iuris* se identifica con el *paterfamilias*, término que no alude a su mayor o menor edad ni al estar o no casado ni al tener o carecer de hijos, sino al hecho de ejercer o poder ejercer una jefatura familiar. Según Ulpiano *paterfamilias* es: quien tiene el dominio de su casa –*in domo dominium habet*- aunque carezca de hijos –*quamvis filium non habeat*- y no designamos su sola persona sino también su derecho –*non enim sola persona eius, sed et ius demonstramus*-.

4. LA MUJER COMO SUJETO DE DERECHO

La mujer puede ser *sui iuris*, si no está sujeta a autoridad alguna, pero no puede ejercer la jefatura familiar. Por ello, en su caso, como dice Ulpiano, será principio y fin de su propia familia –*caput et finis familiae suae*- y, aunque parezca perogrullada: no podrá ser *paterfamilias*²². La voz *materfamilias* se utiliza tanto para referirse a la mujer *sui iuris*²³ como a la *uxor* o a la *matrona*²⁴, aunque el término *materfamilias* aluda frecuentemente a la mujer casada con o sin hijos y el término *matrona* se refiera a la mujer *sui iuris* de honesta condición, con independencia de su matrimonio²⁵.

Cabría resumir lo expuesto afirmando que: Si bien todo *paterfamilias* es *sui iuris* –pues es condición necesaria y suficiente al tratarse de varón- no todo *sui iuris* es *paterfamilias* –al ser condición necesaria, pero no suficiente al referirse a la mujer²⁶-.

La plena capacidad jurídica coincide con la condición de *paterfamilias*, y así, siendo el *Ius Civile* el derecho de los *patres familias*, resulta apropiado identificar al *paterfamilias* con nuestro concepto de sujeto de derecho. Ahora bien, en nuestra opinión, aunque la mujer libre, ciudadana y *sui iuris* no podía tener plena capacidad jurídica, es obvio que gozaba de capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, si

²² Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., p. 250.

²³ Como acabamos de ver en el texto de las Reglas de Ulpiano: Son independientes –*Sui iuris sunt*- los primeros de su familia –*familiarum suarum principes*- esto es –*id est*- el padre de familia –*pater familiae*- y también la madre –*itemque mater familiae*-.

²⁴ IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 502, n. 15.

²⁵ Sobre el significado de estos términos, vid. THOMAS, Y., “La división de los sexos en el Derecho romano”, *Historia de las mujeres*, vol. 1, La antigüedad, editorial Taurus, Madrid, 1991, pp. 150 ss.

²⁶ Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., p. 251.

bien, por el hecho de ser mujer, sufría graves limitaciones, como veremos más adelante, no sólo en su capacidad de obrar sino también en su capacidad jurídica.

IV. EL *STATUS FAMILIAE* DE LA MUJER: *ALIENI IURIS* Y *SUI IURIS*

En lo que se refiere al ámbito del derecho privado, como punto de partida, nos resulta necesario y de utilidad metodológica hacer una breve referencia al concepto de “familia” dentro del ordenamiento romano. Y es que, sin duda, no se podría entender la situación jurídica de la mujer si no es en relación con el grupo familiar donde ella se integra y se desenvuelve²⁷.

Para ello, baste decir que entenderemos por tal “el grupo de personas sometidas a la potestad de un jefe o *paterfamilias*, por nacimiento o por un acto jurídico”. Se corresponde, pues, con el concepto de familia agnaticia -eminentemente patriarcal-, donde prima el parentesco civil (*adgnatio*) sobre el parentesco natural (*cognatio*, de lazos de sangre), respondiendo este último a la llamada familia cognaticia, que a lo largo de la evolución de la vida histórica de Roma irá ganando terreno, hasta consolidarse definitivamente en la época de Justiniano.

Así, dentro del grupo familiar agnaticio, la mujer puede ser *alieni iuris* o *sui iuris*.

1. LA MUJER *ALIENI IURIS*

Es la que está sometida a alguno de los poderes del *paterfamilias*: ya sea la *patria potestas* o la *manus*.

1.1. La *filia familias* sometida a la *patria potestas* del *paterfamilias*

En esta situación se encuentran ya sea por filiación legítima o por adopción.

- Por filiación legítima

²⁷ Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *cit.*, p. 101.

Las hijas legítimas del *paterfamilias* y las descendientes legítimas de los varones *filiifamilias* sometidos a la *patria potestas* del *paterfamilias*, independientemente de su edad, y no sólo las solteras, sino también las casadas, siempre que el matrimonio no se hubiese acompañado de la *conventio in manum* (las casadas *sine manu*).

- Por adopción

Las mujeres *alieni iuris*²⁸ adoptadas por el *paterfamilias*. Éstas salen de su familia agnaticia (en la que eran *alieni iuris*) y entran (también en situación de *alieni iuris*) en la familia agnaticia del adoptante, bajo su *patria potestas*²⁹.

En cuanto a los derechos que comprende esta *potestas*, se pueden señalar: el derecho de vida y muerte (*ius vitae nescisque*); el derecho de vender al hijo como esclavo en territorio extranjero (*ius vendendi*); el *ius exponendi*, o derecho de abandonar al hijo recién nacido -se puede arriesgar, incluso para la época de Adriano, que se trataba sobre todo de mujeres³⁰ e hijos ilegítimos-; el derecho de entregar el hijo a la víctima de un delito cometido por éste para así liberarse de la responsabilidad (*noxae deditio*); el derecho a desposar y dar en matrimonio a los hijos y el de disolver su matrimonio.

A) Situación de la *filia* en la familia

La *filia familias*, como persona que forma parte de la familia, está sometida al ordenamiento económico-político de ésta y su situación viene equiparada a la de los

²⁸ Las mujeres no podían ser adrogadas y esta exclusión se mantuvo durante todo el período clásico. Una importante consecuencia fue la de que nadie podía adoptar a su hija ilegítima, ni podía adrogarla. La *adoptio* en sentido estricto tampoco era aplicable a la hija, puesto que todo hijo ilegítimo era *sui iuris*. En opinión de SCHULZ (*Derecho Romano Clásico*, cit., pp. 137 ss.), la regla según la cual la mujer no podía ser adrogada no se explica por su incapacidad para participar en los comicios, pues la presencia de la adrogada en ellos no fue nunca esencial. Los pontífices republicanos no quisieron que hubiese familias sostenidas por la adopción de mujeres y rehusaron sistemáticamente formular propuestas de adrogación de aquéllas, según se desprende del texto de Gayo 1.101 (*nam id magis placuit*).

²⁹ Mientras que para dar en adopción un hijo eran necesarias las tres *mancipationes*, a las que se refiere el precepto de la Ley de las XII Tablas (*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*), para dar en adopción una hija o un nieto, era suficiente una sola *mancipatio* paterna. Tal *mancipatio* no va seguida de una manumisión por parte del comprador, sino del propio acto de adopción. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 505.

³⁰ Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, cit., p. 102.

restantes sometidos a la suprema potestad del *paterfamilias*. Tanto en su situación personal como patrimonial, la hija es una sometida a la potestad del *paterfamilias* y su posición, en términos generales, es similar a la del hijo. A la muerte del *pater*, por tanto, la hija se hace *sui iuris* con la diferencia, con respecto al hijo, de que durante una cierta época está sometida a tutela por razón del sexo. En cuanto a su actuación patrimonial, la hija adquiere siempre para el padre como los demás *alieni iuris*, y sigue la regla general de que puede mejorar pero no empeorar con sus actos la condición del patrimonio paterno, lo que no rige en los actos del padre sobre los bienes de la hija que en definitiva le pertenecen³¹.

Una cuestión de gran interés, para el estudio de la actividad patrimonial de la hija en general, es la referente a su capacidad o incapacidad negocial. En principio, la situación patrimonial de la hija, aunque sigue los principios aplicables a los demás sometidos a potestad, supone ciertas especialidades y no puede equipararse con la del *filius*, ni tampoco con la de la *ancilla* o con las personas *in mancipio*.

Originariamente, el *filius* y la *filia* eran plenamente incapaces patrimonialmente. En el derecho clásico, para todos los sometidos a potestad servía la regla de que no podían tener nada propio y que todas sus adquisiciones reversion en el padre. Para el hijo, bien pronto se admitió, sin embargo, que podía obligarse en nombre propio y, paralelamente a la concesión de su facultad de disposición sobre el *peculium castrense* y a su intervención en la esfera pública, se fue extendiendo el ámbito de su actividad patrimonial y procesal, aunque siempre a título de excepción y en tanto no perjudicara al padre.

La hija, en cambio, siguió el régimen de los demás sometidos a potestad, como atestigua Gayo (3.104). Sin embargo, ya en el Derecho clásico se van dando excepciones a esta situación de incapacidad, y la primera tiene lugar en materia de dote, donde se la considera *particeps et quasi socia obligationis patris*, e incluso se le permite ejercitar la *actio rei uxoriae* en casos especiales. Ulpiano considera las disposiciones del S. C. Macedoniano extensivas a los contratos de mutuo efectuados por la hija³², y ello en consideración al sexo, por una razón aún más grave que en el caso del hijo.

³¹ Cfr. GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium... cit.*, pp. 5 ss.

³² Cfr. D.14.6.9.2 (*Ulp. l. 29 ad ed.*)

En Derecho postclásico, la situación de la hija se va asimilando cada vez más a la del hijo, paralelamente al nuevo régimen de los *bona adventicia* y a la preponderancia de la familia natural sobre la agnaticia. En Derecho justiniano, la hija, que tiene ya facultades de disposición sobre sus propios bienes, tiene igual que el hijo capacidad para contraer obligaciones en nombre propio, y contra ella se dan acciones directas, aparte de las acciones contra el *paterfamilias*, como la a. *iniuriarum*, la a. *rerum amotarum* y la a. *commodati*, sobre las que existen indudables referencias en fragmentos retocados por los compiladores.

La evolución histórica sobre la capacidad de la *filia familias* puede decirse, según García Garrido³³, que, siendo más lenta que la del *filius*, y operándose en un campo más reducido, como es, sobre todo, el de la dote, no llega a su término hasta la última etapa del derecho, en que la capacidad del hijo se reconoce plenamente.

B) El *peculium filiae familias*

El término latino *peculium* se refiere generalmente a un pequeño patrimonio administrado y gozado con independencia por su sujeto. En las concepciones jurisprudenciales, el peculio se considera como un patrimonio autónomo y separado de los restantes bienes del *paterfamilias*, gozado o administrado por el esclavo o por el hijo de familia. Así, el peculio puede considerarse como una entidad económica de bienes a efectos de goce y administración y supone una separación de bienes, que se entregan a un sometido para su cuidado e incremento. El peculio, además, es siempre propiedad del *paterfamilias* y constituye un ente económico perteneciente al patrimonio familiar, porque el sujeto del peculio, que es un *alieni iuris*, no puede ser propietario de los bienes que lo integran y todas sus adquisiciones, aun aumentando el peculio, enriquecen en definitiva al *pater*.

En el antiguo derecho quiritarario, la *filia* como todos los sometidos a la omnímoda potestad del *paterfamilias* -que concentraba en sus manos todos los bienes familiares-, no disponía con relevancia jurídica de alguna clase de bienes ni su actividad podía

³³ Cfr. GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium... cit.*, pp. 12 s.

extenderse más allá del círculo familiar, siendo, por lo demás, plenamente incapaz en cuanto a relaciones jurídicas patrimoniales.

Cuando la práctica social del peculio es tutelada por el pretor, ya en el período republicano, otorgando a los terceros contratantes con los sometidos a potestad una serie de acciones contra el padre, la *filia familias*, igual que la *ancilla*, se considera también como sujeto del peculio y capaz para el goce y administración de esa masa de bienes que le confía el padre, y, paralelamente, también se extienden a los actos por ellas realizados las acciones que suponen una responsabilidad del padre que los autoriza o se lucra con ellos³⁴. El supuesto normal examinado por los juristas sería, probablemente, el de aquellos bienes dejados habitualmente por el padre para el uso personal de la hija, como joyas, vestidos, esclavos o esclavas, o los útiles para su trabajo en el hogar. Mas por imperativo de las nuevas necesidades comerciales, y de la extensión del tráfico de bienes, se llega a admitir que las actividades mercantiles, desempeñadas normalmente por el hijo o el esclavo, fueran realizadas también en determinados supuestos por la esclava e, incluso, por la hija. Por ello se llega a la concepción de un *peculium filiae* destinado a una actividad comercial³⁵ y se otorga al contratante contra el *pater familias* la *a. tributoria*. Sólo en la última etapa del derecho clásico se considera, sin embargo, el supuesto de la hija colocada por el padre permanentemente en la gestión de un comercio o industria (*filia praeposita*) y a este caso se extiende también el ejercicio contra el padre de la *a. institoria*. Por el especial carácter del comercio marítimo, no se extiende a la hija, ni a la esclava, el régimen del *exercitor* y de la *a. exercitoria*, anterior a la *institoria*.

El *peculium filiae* sigue, por lo demás, el régimen general del peculio de los sometidos a potestad. Así el peculio nace por la voluntad del padre, en el momento de la transmisión a la hija de los bienes peculiares; aumenta o disminuye por la actividad de la hija o por decisión paterna; perdura si la hija contrae matrimonio libre y el padre no se la retira; termina o muere por la *ademptio peculii*, por la emancipación o adopción de la hija, y por la muerte de ésta o del padre. Por los actos de la hija, se conceden también contra el padre las *actiones adiecticiae qualitatis*. En todos estos supuestos, los

³⁴ Cfr. GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium... cit.*, pp. 14 ss.

³⁵ Cfr. GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium... cit.*, pp. 18 s.

textos se refieren a la *filia* y a la *ancilla*, comprendidas en la regulación común del peculio.

Donde el *peculium filiae* para los clásicos comienza a tener algo de propio y especial es en el caso de la hija de familia casada, porque existe entonces una mayor necesidad de resaltar la dependencia patrimonial de la hija, con respecto al padre, frente a los bienes del marido, y también su distinción de la dote. El peculio está constituido entonces por los bienes que la hija continúa administrando y de los que se sirve mientras está sometida a la potestad paterna, independientemente de la dote, que es entregada al marido, y que, a veces, se considera como un bien peculiar. Cuando la hija sale de la potestad paterna deja de tener un peculio y los bienes que formaban parte de éste se convierten en bienes propios y extradotales; así, si es emancipada y el padre no le retira expresamente el peculio, se considera que le hace donación de él. En la consideración del peculio y de los bienes peculiares se agrupan todos los bienes gozados por la hija; sobre ellos, y en contraposición con la dote, se llega a la concepción de los bienes extradotales, que entraña una mayor generalidad. En toda la concepción clásica se observa que el peculio está en íntima correspondencia con la facultad de goce y administración de la hija, de una parte, y con la potestad paterna, de otra; ninguna facultad ni intervención se atribuye al marido en el peculio, y éste es incluso considerado como un extraño, acreedor o deudor ocasional, de los bienes peculiares.

En derecho postclásico, al cambio de régimen del *peculium filiae* contribuyen factores sociales y jurídicos, impuestos por nuevas ideas y circunstancias, como son las disposiciones imperiales sobre los bienes de los hijos, en los que el padre sólo tiene ya el goce y la administración, y la intervención del marido en los bienes propios de la mujer³⁶.

Con Justiniano, la condición de la hija viene definitivamente equiparada a la del hijo y se mantiene la regulación clásica del peculio, pero dejándola reducida al estrecho ámbito de los bienes que la hija reciba directamente del padre, en el *peculium paganum*³⁷. Fuera de este peculio, Justiniano extiende las normas del *ius singulare* del *filius* al caso de la hija, considerando un determinado tipo de peculio de esta como *p.*

³⁶ Cfr. C.6.61.1; C.6.61.4pr.; C.6.61.5.1.

³⁷ Cfr. GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium... cit.*, pp. 20 s.

quasi castrense. Como consecuencia de esta tendencia a la progresiva equiparación de sexos los compiladores insertan en el Digesto las normas que responden a los nuevos principios. Entonces, el instituto del peculio, que en Derecho clásico constituye el centro de la actividad y capacidad patrimonial de la hija, en el Derecho justiniano pasa a la periferia y forma sólo una parte o esfera especial que por respeto a la tradición se deja subsistente, dentro de una más compleja y extensa regulación de bienes que ha dejado ya de tener la tradicional y antigua motivación de la capacidad única y excluyente del *paterfamilias* como verdadero sujeto del patrimonio familiar.

1.2. La *filia familias* sometida a la *manus* del *paterfamilias*

En esta situación se encuentran la esposa del *paterfamilias*, cuando el matrimonio se hubiera acompañado de la *conventio in manum* (*uxor in manu*), y las esposas *cum manu* de los *filiifamilias* sometidos a la *patria potestas* del *paterfamilias*.

A) La *conventio in manum*

El matrimonio por sí solo no producía alteración alguna en orden a la anterior situación familiar agnaticia de los cónyuges³⁸: el marido seguía perteneciendo a su familia como *sui iuris* o como *alieni iuris*, y la mujer a la suya. Y como los hijos, puesto que la agnación se transmite solo por línea de varón, estarán en la familia del padre, ellos y la madre pertenecerán a familias agnaticias distintas.

Si se quería que la mujer entrase en la familia agnaticia del marido, era preciso que al matrimonio se acompañase la *conventio in manum*³⁹, en virtud de la cual la mujer sufría una *capitis deminutio minima*, abandonando su familia anterior y pasando a formar parte de la de su marido, bien *loco filiae*, es decir, sometiéndose directamente a la *manus* de éste cuando era *sui iuris*, bien *loco neptis*, es decir, quedando bajo el mismo

³⁸ Cfr. ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, cit., vol. II, pp. 731 ss.; IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 507 s.; PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., p. 304 ss.

³⁹ Vid. GARCÍA GARRIDO, M., “Conventio in manum y matrimonio”, *AHDE* XXVI (1956) pp.781-787; OLÍS ROBLEDA, S. J., *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, pp. 1-58.

poder doméstico a que estaba sometido el marido si éste era *alieni iuris*, pero siempre como hija de su marido.

Esta *manus*, potestad doméstica sobre la mujer que al casarse quería entrar en la familia civil del marido, se adquiría, o por uno de los actos solemnes adecuados a tal fin, que son la *confarreatio* y la *coemptio*, o por una especie de *usucapio* de la mujer, que recibe especialmente la denominación de *usus*.

Debe advertirse que la *conventio in manum* es independiente del matrimonio, aunque presupone su existencia, y que Gayo ya se refiere a ella como recuerdo histórico *-olim, en otro tiempo*⁴⁰ -.

La *confarreatio* era una ceremonia de carácter religioso aplicable solamente a las familias patricias. Se indican como elementos del acto: la presencia de diez testigos, del *pontifex maximus* y del *flamen dialis*, la ofrenda a Júpiter de un pan *farreus* y ciertas palabras solemnes que no conocemos con exactitud⁴¹.

La *coemptio*⁴² no es otra cosa que el viejo y característico rito *per aes et libram* que hemos visto en la *mancipatio* y en el *nexum* para la propiedad y la obligación, respectivamente, aplicado aquí para la adquisición de un poder familiar. Diferencias en la parte oral, que no nos han sido transmitidas, distinguirían la *coemptio* de la *mancipatio*, haciendo que la mujer no quedase sometida al *mancipium*, sino a la *manus*.

La *manus* podía adquirirse también por una posesión continuada. Si la mujer ha vivido de hecho un año como sometida a la potestas familiar del marido o del *paterfamilias* de éste, queda legalmente verificado el cambio de familia de la mujer y la consiguiente adquisición de la *manus* por medio del *usus*.

Si la mujer casada quería evitar los efectos del *usus* y continuar formando parte de su familia sin entrar en la del marido, bastaba con que interrumpiese la situación, antes

⁴⁰ Gayo 1.110.

⁴¹ Gayo 1.112.

⁴² Gayo 1.113.

de terminar el año, pasando tres noches fuera de la casa del marido –*usurpatio trinoctii*⁴³.

El poder marital resultante, como todos los poderes domésticos, es pleno, aunque ya en los primeros tiempos el derecho sacro, y el censor en la república, al velar por las costumbres, al igual que en la patria potestad, amenazó con imponer sanciones a los maridos y padres de familia que hiciesen mal uso de éstos. De cualquier modo, este sometimiento de la *uxor in manu*, como el de los hijos e hijas, motiva su incapacidad patrimonial y lo que adquiere pasa a incrementar el patrimonio del *paterfamilias*; al igual que, desde el punto de vista sucesorio, es *heres legitima* de su marido, en el mismo lugar que los hijos de éste⁴⁴.

El paulatino abandono de la vieja concepción de la familia agnaticia, basada en la *potestas* del jefe, y la importancia creciente de la familia entendida como grupo de parientes unidos por vínculos biológicos, determinó la desaparición de la *manus* y, por consiguiente, de los tres procedimientos que la hacían surgir. El *usus* no existe ya cuando Gayo escribe sus Instituciones, la *confarreatio* y la *coemptio* sí, pero se utilizaban exclusivamente con efectos limitados para conseguir objetivos muy alejados del característico poder familiar que era la antigua *manus*⁴⁵.

B) Disolución de la *manus*

En la disolución de la *manus* rigió el *contrarius actus*⁴⁶. Hubo adecuados procedimientos creados directamente para tal fin: una *difarreatio*, si hubo *confarreatio*,

⁴³ Gayo 1.111.

⁴⁴ Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *cit.*, p. 103.

⁴⁵ Como los hijos habidos en un matrimonio cuyos cónyuges hubieren celebrado la *confarreatio* eran los únicos que podían aspirar a ciertos cargos sacerdotales, y la práctica de tal ceremonia estaba tan abandonada que, gobernando Tiberio, sólo se encontraron tres romanos en los que pudiera recaer el nombramiento de *flamen dialis*, se limitó a este efecto de la capacidad en el orden religioso de los futuros hijos la eficacia de la *confarreatio* de los padres. Con esta única consecuencia, que no afecta ya al derecho privado, la *confarreatio* subsistió mientras existieron los sacerdotes paganos.

Los efectos civiles de la *coemptio* duraron más. Pero parece que se recurría a ella buscando principalmente finalidades distintas de las normales y directas. Algunas mujeres celebraban la *coemptio* con un viejo, para librarse así -no sabemos bien los detalles del procedimiento- de la carga del culto doméstico; otras, para poder cambiar de tutor, con trámites algo complicados, enumerados por Gayo (1.115), buscando a veces con ello poder testar, cosa que hasta la época del emperador Adriano les estaba prohibida, aun siendo *sui iuris*, mientras permanecieron bajo la tutela legítima.

⁴⁶ Cfr. ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, *cit.*, vol. II, pp. 748 s.

o una *remancipatio* de la mujer a un tercero, el cual la manumitía luego, para los casos en que la *manus* hubiera sido adquirida por *coemptio* o *usus*.

Dada la facilidad que existió en el Derecho romano para la disolución del matrimonio por voluntad de los cónyuges, necesariamente tenían que existir expedientes utilizables para extinguir la *manus*, evitando la anomalía de que, disuelto un matrimonio, la mujer continuase *loco filiae* o *loco neptis* en la familia agnaticia del marido.

C) Situación de la esposa *cum manu* en la familia

La originaria situación patrimonial de la mujer en la *conventio in manum* determinaba un sistema acorde de principios que tuvieron una larga vigencia en la práctica jurídica romana. La posición de la mujer en la familia *loco filiae*, trae como consecuencia la aplicación a ella del régimen general de los sometidos al *paterfamilias*, pero también la excelsa función de la mujer en el matrimonio y en la *domus* como *mater familias* determinó desde edad muy temprana algunas normas especiales que, teniendo primero un carácter consuetudinario, pasan más tarde a formar un verdadero estatuto jurídico⁴⁷.

Cuando la mujer entra en el domicilio del marido, iniciándose la vida conyugal, aporta un patrimonio más o menos cuantioso integrado por la dote que, en el supuesto más frecuente, el *paterfamilias* de la mujer entrega al nuevo cabeza de familia de ella como aportación definitiva, o formado también por todos los bienes de la mujer en el caso de que fuese *sui iuris*. Estos bienes procedentes de la familia de la *uxor* se hacen propiedad del titular de la *manus*, integrando el patrimonio familiar⁴⁸.

De este patrimonio familiar dispone libremente el *paterfamilias*, que puede atribuir a la mujer determinados bienes para su uso. En las costumbres romanas se solía dejar a la mujer el uso y cuidado de su ajuar, que ella llevaba al matrimonio (al principio, quizá como parte de la dote), a título de *peculio* y que era incrementado

⁴⁷ Cfr. GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium... cit.*, p. 161.

⁴⁸ Cfr. GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium... cit.*, pp. 57 ss.

durante el matrimonio por los regalos que el marido le hacía con frecuencia o por los esclavos o útiles que ponía a su servicio. La actuación de la mujer, circunscrita al seno de la familia, recaía en el cuidado de los enseres y bienes de la casa y de las labores domésticas, como el tejido de los vestidos y la custodia y distribución de las provisiones de despensa que el marido solía confiarle. Limitada, por tanto, la capacidad patrimonial de la mujer al goce y disposición del peculio, todos los bienes que recibía del marido o de los familiares a título de entrega en uso aumentaban el peculio y no suponían una definitiva atribución⁴⁹.

2. LA MUJER *SUI IURIS*

Es la que no está sometida a ninguno de los poderes del *paterfamilias*: ni a la *patria potestas* ni a la *manus*. En esta situación se encuentran:

2.1. Las mujeres que estaban directamente sometidas a la *patria potestas* o a la *manus* del *paterfamilias* y que, al morir éste, se hacen *sui iuris* independientemente de su edad.

2.2. Las mujeres emancipadas por su *paterfamilias*⁵⁰.

2.3. Las mujeres casadas *cum manu* que, tras el divorcio, extinguían la *manus* por *contrarius actus*, quedando algunas veces en situación de *sui iuris*.

⁴⁹ Los autores han considerado la posibilidad de que también la mujer *in manu* poseyese un peculio como la *filia familias*. En principio, al encontrarse la mujer *loco filiae*, en opinión de GARCÍA GARRIDO (*Ius uxorium... cit.*, pp. 29 s.), deben aplicarse a ella los principios reguladores de la situación patrimonial de la hija, y no existiendo la posibilidad de que la mujer *in manu* fuese titular de un patrimonio propio, debe lógicamente deducirse que podía poseer un peculio, especialmente aquel peculio ordinario constituido por bienes de uso, como vestidos, útiles y adornos, que el marido ponía a su disposición.

La falta de referencias directas a este peculio puede deberse, según GARCÍA GARRIDO, a la pronta desaparición de la *conventio in manum* y, además, a que quizá este peculio, considerado sobre todo en la práctica social y con aplicación limitada al seno de la familia, no tenía tanta relevancia jurídica como el peculio de la *filia familias*, ya que, como sabemos, la *mater familias*, centraba su actividad en la dirección y cuidado de las labores domésticas. Cuando los jurisconsultos se ocupan de distinguir el peculio de la dote, en el supuesto de la *filia nupta*, consideran el supuesto normal del matrimonio libre.

⁵⁰ Interpretando literalmente la palabra *filius* del precepto decenviral –*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* (si el padre ha vendido al hijo por tres veces, sea el hijo libre del padre)-, se consideró que para la emancipación de las mujeres y de los nietos fuese bastante una sola *mancipatio*. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, cit., p. 509 y n. 60.

Las mujeres *sui iuris* pueden ser impúberes (menores de 12 años) o púberes (mayores de 12 años) y estas últimas pueden estar solteras, divorciadas, viudas o casadas *sine manu*.

Como ya hemos visto al tratar de la mujer como sujeto de derecho, la mujer libre, ciudadana romana y *sui iuris* tiene capacidad jurídica, es decir, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, aunque, como veremos, por el hecho de ser mujer sufre graves limitaciones en dicha capacidad.

Las mujeres *sui iuris* impúberes (menores de 12 años), al igual que los varones *sui iuris* impúberes (menores de 14 años), carecen de capacidad de obrar y están sometidas, por razón de edad, a la común tutela de los impúberes (*tutela impuberum*).

Pero además, a diferencia de los varones *sui iuris* púberes que tienen plena capacidad de obrar, al menos a partir de los 25 años, las mujeres *sui iuris* púberes, independientemente de su edad y de que estén solteras o casadas *sine manu*, tienen también limitada su capacidad de obrar y están sometidas a otra tutela perpetua, por razón de su sexo, la tutela de las mujeres (*tutela mulierum*).

De la situación jurídica de la mujer *sui iuris* nos vamos a ocupar a continuación, centrando nuestro estudio en la *tutela mulierum* y en las graves limitaciones que sufre en la capacidad jurídica en el ámbito del derecho privado.

V. LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LA MUJER *SUI IURIS*: LA *TUTELA MULIERUM*

En principio, las mujeres siempre están sujetas a algún tipo de autoridad. Si son *alieni iuris*, a la *patria potestas* de su *paterfamilias* o a la *manus* de su marido; si son *sui iuris* y no han alcanzado la pubertad, a la tutela común de los impúberes -*tutela impuberum*-, y si hubieran llegado a ella, a otra tutela perpetua por razón de su sexo -*tutela mulierum*-.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho romano clásico referente a la tutela, en opinión de Schulz⁵¹, no merece la acerba crítica de que ha sido objeto por parte de muchos estudiosos. Apreciado en su conjunto, el derecho tutelar constituye una creación nada despreciable. Fue cuidadosamente elaborado y atendió a muy variados intereses. Fue humano, liberal y nada burocrático. Tales son los más destacados rasgos de este derecho, que se halla regido por tres principios supremos.

1.- La tutela clásica es la guarda o cuidado de una persona necesitada de protección. Originariamente en Derecho romano, el tutor ejercía una autoridad que le era otorgada en interés propio y en el de la familia, pero este principio perdió su vigencia en los últimos días de la República y en Derecho clásico, sólo algunas leves supervivencias nos recuerdan el primitivo *munt* (para usar el término propiamente germánico) que tuvo en un tiempo el tutor romano. En la época antigua, Servio Sulpicio (cónsul el año 51 a. C.) definía la tutela como “*vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sexumve sua sponte se defendere nequit*”. La parte más importante de esta definición es la que contiene la diferencia específica (*ad tuendum*, etc.). La *patria potestas* es también una *vis ac potestas in capite libero*, pero es un poder que se confiere en el propio interés del padre, mientras que la tutela clásica tiene un carácter desinteresado y altruista.

2.- El tutor clásico es una persona privada y no un funcionario. Desempeña su cargo en principio sin que se de interferencia alguna del Estado en la autoridad del tutor. Este sistema no burocrático, es muy conforme al espíritu liberal que inspira el Derecho privado romano. Por regla general, el tutor es un pariente próximo o un amigo de la familia, pues la idea de un tutor profesional fue extraña a los juristas ya que los hijos ilegítimos no llegaron a constituir un problema social.

3.- Existe un Tribunal encargado de la protección de los pupilos sobre el que pesa el primordial deber de proveer de tutor siempre que sea legalmente necesario.

⁵¹ Cfr. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, trad. por J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, p. 154.

Ahora bien, según Schulz⁵², el Derecho clásico de tutela adolece de graves defectos. Algunas de sus partes ofrecen unos rasgos arcaicos, especialmente la *tutela mulierum*, la cual, desgraciadamente, no fue abolida por los juristas de la época clásica. Otro grave defecto es la exclusión de las mujeres para el desempeño de la tutela, no obstante ser éstas las que por imperativo natural cuidan de los impúberes. Resulta, pues, por ejemplo, que una viuda no puede ser tutora de sus hijos y como no existe la *materna potestas*, ha de ser otra persona la que ejerza, en caso de viudez de la mujer, el cargo de tutor. Finalmente, el Derecho clásico, en lo que respecta a sus características técnicas, ofrece una gran complicación.

El Derecho clásico no posee un término que exprese las funciones propias de quien está encargado de guardar o proteger a quien necesita protección; distingue entre *tutor* (protector) y tutela de una parte, y *curator* (curador) y cura de otra.

No resulta tarea fácil precisar el Derecho clásico de la tutela basándonos en fuentes seguras, a pesar de que la exposición que hace Gayo en sus Instituciones nos haya sido conservada completamente. Las diferentes fuentes del Derecho clásico—*leges*, *senatusconsulta*, *constitutiones principum*—no se conservan y las citas de estas fuentes son descuidadas, aparte de que muy importantes detalles pueden haberse perdido por causa de las abreviaturas de los textos clásicos hechas por los autores del período siguiente. Además la época post-clásica reformó gran parte del Derecho clásico y la reforma se llevó a cabo mediante interpolaciones. Solamente una cuidadosa crítica de los textos puede permitir la restauración del Derecho clásico.

2. IRRACIONALIDAD DE LA TUTELA MULIERUM CLÁSICA⁵³

La tutela sobre las *feminae puberes* (que solemos llamar tutela de las mujeres⁵⁴, *tutela mulierum*), que no se hallan sometidas a la *patria potestas*, a la *manus* o *in mancipio*, se da durante toda la época clásica como revelan documentos fehacientes. En

⁵² Cfr. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., pp. 155.

⁵³ Cfr. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., pp. 171 ss.

⁵⁴ Vid. CASADO, M. J., *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid, 1972.

tiempo de Diocleciano, todavía se halla vigente, y fue derogada en el siglo IV o V, por lo que no aparece en el *Codex Theodosianus* ni en el *Corpus Iuris* justiniano. Los compiladores de la época de Justiniano suprimieron la *tutela mulierum* en los textos clásicos y la sustituyeron por la *tutela impuberum*. Los materiales utilizables son comparativamente escasos, pero suficientes sin embargo para conocer el Derecho clásico en sus detalles esenciales.

La *tutela mulierum* clásica ofrece un especial interés para el historiador del Derecho. Es verdad que la tutela de las mujeres existe también en otros Derechos, por ejemplo en el griego y en el germánico, pero comparando “el señor” griego y el *Vogt* o *Montwalt* germánico de una parte y el “protector” romano (*tutor*) de otra, se revela de un modo claro, el peculiar carácter de la *tutela mulierum* romana. La elevada posición social de la mujer en Roma (comparada con la que ocupa en Grecia y en Germania), influye en la institución durante los primeros tiempos de la República, y el movimiento humanitario juega un papel eficacísimo en la obra de liberalizar esta tutela. Es oportuno plantear la cuestión de cómo pudo conservarse la *tutela mulierum* a través de todo el período clásico, siendo que su abolición se sentía como una necesidad desde el final de la República. Durante los turbulentos tiempos de las postrimerías de la República, los romanos no estimaron oportuno abolir esta especie de tutela y tampoco se podía esperar su supresión de las medidas legislativas, francamente reaccionarias, ordenadas por Augusto⁵⁵. Por el contrario, la *tutela mulierum* aparece todavía en las *leges Iulia* y *Papia Poppea*. Una mujer quedaba exenta de la tutela, si había dado a luz tres hijos (o cuatro si era liberta) y se hallaba sometida a tutela legítima. Ello guardaba relación muy estrecha con las normas inspiradas en la política demográfica, pues a éstas se debe la conservación de esta anticuada tutela durante el período clásico, no obstante ser escasamente eficaces. Los Emperadores dispensaron frecuentemente de la tutela concediendo el *ius liberorum* como un privilegio. En la época cristiana se abandonó la política demográfica de Augusto por el influjo de las corrientes ascéticas que tanto influyeron en el concepto del matrimonio, por lo que la *tutela mulierum* perdió su último soporte ideológico.

⁵⁵ Sobre la legislación matrimonial de Augusto, *vid.* DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, *cit.*, pp. 15 ss.

Como fundamento racional de la *tutela mulierum* hallamos en la oración ciceroniana *pro Murena* (12.27) expresado lo siguiente: “*Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt*”⁵⁶.

Esta idea es falsa con respecto a la mujer romana de la época de Cicerón y él mismo lo sabía, pues su propia mujer administraba independientemente su patrimonio. No obstante la idea se repite en los retóricos (Val. Max. 9.1.3: *imbecillitas mentis*; Séneca, *Controv.* 1.6.5: *imbecillitas*; Séneca *ad Marciam* in princ.; *infirmitas muliebris animi*) y Gayo la reproducía (1. 144): *propter animi levitatem*. Como quiera que sea, después de las *leges Iulia* y *Papia Poppea* este razonamiento era absurdo. Si la *infirmitas sexus* hubiera sido la razón que inspiró la *tutela mulierum*, el *ius liberorum* habría sido un castigo y no un premio, ya que su concesión no podría suprimir la *infirmitas*. No puede causar sorpresa el hecho de que en un pasaje de las Instituciones de Gayo⁵⁷ (1.190) se rechace de un modo expreso esta razón tradicional y, aunque la paternidad de este pasaje atribuida a Gayo es dudosa, el texto refleja la verdad y es muy notable, porque en la época post-clásica la antigua frase se repetía, sin duda, por influjo de las concepciones cristiano-orientales.

La tutela de la mujer no puede justificarse utilizando argumentos referidos a la *infirmitas sexus* si nos fijamos en el último siglo de la República y en todo el período clásico. Tampoco fue motivo decisivo para los legisladores de las Doce Tablas. Nunca estos se entretuvieron en especular si la mujer es “por naturaleza” capaz o incapaz de administrar sus bienes. Por otra parte, la consideración de los intereses familiares no fue la razón prevalente, como muestra con claridad la tutela testamentaria. Una mujer necesitaba de protección lo mismo que un *pupillus* y por esta causa requería un protector (tutor) el cual, originariamente, tenía el mismo poder que el tutor *impuberis*. Una mujer necesitaba protección, pero no por naturaleza sino por efecto de las convenciones sociales imperantes a la sazón. Fue dogma de la antigua moral romana que el puesto propio de la mujer estaba en la casa y que la mujer no podía participar en

⁵⁶ Según SCHULZ (*Derecho Romano Clásico*, cit., p. 172), esta fórmula tiene probablemente su origen en la filosofía griega, pues parece realmente una traducción del tan conocido pensamiento de Aristóteles en la *Política* 1260a (I, cap. V): “*servus nullum omnino consilium habet; femina habet quidem sed infirmum; puer habet quidem sed immaturum*”.

⁵⁷ La personalidad de Gayo constituye un enigma. Entre otras hipótesis, se ha llegado a pensar que podía tratarse de una mujer porque se advierten matices femeninos en algunas de sus expresiones, como las contenidas en este texto de sus Instituciones, 1.190.

la vida pública. Por esta razón, se hallaba excluida de los *comitia*, del Senado y de las magistraturas. Incluso en la época de las Doce Tablas una mujer romana no se hallaba (como se hallaba una mujer decente griega) excluida de la vida social doméstica. No se hallaba tampoco legalmente excluida de la vida de los negocios ni le estaba prohibida la comparecencia ante los Tribunales. Sin embargo, un decoro convencional exigía que la mujer no participase en la vida pública. Esta exigencia de la etiqueta fue siempre observada, entre otras razones, porque la mujer carecía de la necesaria experiencia en los negocios y no conocía el Derecho, no porque estuviese naturalmente incapacitada para conocerlo, sino porque no convenía al decoro de la mujer el aprendizaje de esta disciplina. Catón el Censor, tan entusiasta de las antiguas costumbres romanas, dice a este respecto: “Si las mujeres se mantuviesen dentro de su propia esfera de actuación, no se interesarían tanto por las cuestiones legales”.

Esta es la verdadera razón que inspira la tutela de las mujeres; no la *infirmitas sexus* o la creencia en ella, sino el imperio de la costumbre⁵⁸. La vida pública es la esfera donde se desenvuelve la actividad exclusiva del hombre y es el campo de propio del *officium* del varón. Es significativo el hecho de que un *senatusconsultum Vellaeianum* (dado bajo Nerón) que prohibía a las mujeres constituirse en fiadoras, contenga como justificación de esta medida la frase: *cum eas virilibus officiis fungi non sit aequum*. Fue un glosador post-clásico el que refirió esta consideración a la *imbecillitas sexus*.

De todos modos, la emancipación de las mujeres durante la última centuria a. C., dio al traste con la antigua costumbre romana. La mujer en Roma no se contentó ya con la rueca, el huso y los cuidados de la casa (Plutarco, *Antonius*, 10.5). Comienzan las mujeres a tomar parte en la vida pública, si bien continúan excluidas de los *comitia*, del Senado y de las magistraturas. Basta recordar, a este propósito, la actividad desplegada por Terencia para sofocar la conspiración de Catilina. Incluso en la conspiración contra Cesar participó una mujer, (Porcia). *Caecina Severus*, pronunció (a. 20 d. C.) una violenta oración contra las actividades políticas de las mujeres de los gobernadores de

⁵⁸ Livio, 34.2.8 y s.: “*Equidem non sine rubore quodam paulo ante per médium agmen mulierum in forum perveni. Quod nisi me verecundia singularum magis maiestatis et pudoris quam universarum tenuisset, ne compellatae a consule viderentur, dixissem: Qui hoc mos est in publicum procurrendi et obsidendi vias et viros alienos apellandi? istud ipsum suos quaeque domi rogare non potuistis?... quamquam ne domi quidem vos si sui iuris finibus matronas contineret pudor, quae leges hic rogarenturve, curare decuit*”.

provincia (Tácito, *Ann.* 3.33). Además, las mujeres actuaron como abogados porque esta actividad les fue permitida hasta el último siglo a. C. Hubo una comedia de Titinio (probablemente más antiguo que Terencio) con el título de “la mujer jurista” (*iuris perita*), de la cual, desgraciadamente, sólo conservamos fragmentos insignificantes. La conducta de la dama-abogado C. Afrania (que murió el 48 a. C.) forzó al *praetor urbanus* a privar a las mujeres de la facultad de *postulare pro aliis*⁵⁹. Sobre todo las mujeres comenzaron a la sazón a participar en los negocios. Terencia, la mujer de Cicerón, constituye un buen ejemplo de ello pues administró sus propios bienes con independencia absoluta y valiéndose tan sólo de la ayuda de sus libertos. Terencia no estaba *in manu* y tampoco su tutor es mencionado. Así pues, la antigua base de la *tutela mulierum* desaparece y su justificación por la *infirmitas sexus*, resulta realmente ridícula, si se tiene en cuenta los cambios que experimenta la vida de la mujer en Roma al final de la República. Cicerón escribió a Terencia al comienzo de la guerra civil con Cesar (*Ad fam.* 14.7.2): “Te exhortaría a que fueses valerosa si no me constase que lo eres más que muchos hombres”. Y el marido de Turia declaraba (2.15): “*Reptinīs nuntiis ad praesentia et inminētia pericula evocatus tuis consiliis conservatus sum*”.

Tal fue la realidad de la vida romana, en contraste con lo que afirmaron profesoralmente los filósofos helenísticos y los retóricos. La tutela de la mujer era, al final de la República, una institución absolutamente irracional. Los juristas clásicos lo comprendieron así (Gayo, 1.190) y procedieron, en consecuencia, a despecho del filisteísmo de los profesores helenísticos.

3. LOS TRES GÉNEROS DE LA TUTELA MULIERUM

La tutela de las mujeres, lo mismo que la de los impúberes, tenía un triple origen: era creada por testamento o basada directamente en la Ley XII Tablas o creada en virtud de nombramiento oficial⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, cit., pp. 87 s.

⁶⁰ Cfr. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., pp. 176 ss.

3.1. *Tutela mulierum testamentaria*⁶¹

El padre puede nombrar tutor en testamento por virtud de su *patria potestas* y un marido puede también nombrarlo para su mujer *in manu*. Este último, solamente puede designar un tutor genérico: *Titiae uxori meae tutoris optionem do (tutor optivus*⁶²). A tenor de esta forma de designación, la mujer podía elegir un tutor para toda clase de negocios en los que necesitaba de la *auctoritas* de éste, o para una especie de negocios o también, únicamente, para un negocio determinado. No sabemos cuándo y cómo fue introducida la *tutela optativa*, pero seguramente existía ya en el año 186 d. C. Evidentemente la mujer escogía como tutor una persona de la que no era lógico esperar que plantease dificultades en la prestación de la *auctoritas*. Especialmente cuando la mujer elegía tutor *in unam rem*, la elección recaía en persona que le hubiese previamente prometido dar su consentimiento. El tutor testamentario de la mujer, tuvo *ius abdicandi* y lo conservó a diferencia del tutor testamentario de los impúberes, durante el período clásico. Por esta razón no necesitó del *ius se excusandi*.

3.2. *Tutela mulierum legítima*

En defecto de un tutor testamentario, el más próximo heredero de la mujer (*proximus adgnatus* o su patrono) es el *tutor legitimus* de ésta⁶³. Como quiera que la *uxor in manu* estaba *filiae loco*, el hijo podía ser su próximo *adgnatus* y, consiguientemente (como en los derechos griego y germánico), su tutor. El *tutor legitimus* no tenía el *ius abdicandi*, pero podía ceder la tutela a otra persona mediante la *in iure cessio*, facultad que conservó a diferencia del *tutor legitimus impuberum*, durante el período clásico. Claudio abolió la *tutela adgnatorum*, pero no la *tutela patroni*.

⁶¹ Sobre la *tutela mulierum testamentaria* en el Derecho antiguo, *vid.*, CASADO, M. J., *La tutela de la mujer en Roma, cit.*, pp. 59 ss. y en el Derecho clásico, pp. 104 ss.

⁶² Gayo, 1. 148 ss. Sobre la *optio tutoris*, *vid.*, CASADO, M. J., *La tutela de la mujer en Roma, cit.*, pp. 109 ss.

⁶³ Si hay varios agnados próximos del mismo grado, todos ejercerán la tutela conjuntamente sobre la mujer. Sobre la pluralidad de tutores, *vid.* VARELA MATEOS, E., *De contutoribus (Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho romano)*, Madrid, 1979.

3.3. *Tutela mulierum decretalis*

A falta de tutor testamentario y legítimo podía ser nombrado el tutor por un magistrado a tenor de lo dispuesto en las leyes *Atilia* y *Iulia Titia*⁶⁴. Un *tutor mulieris* era designado únicamente cuando se solicitaba su nombramiento ante el magistrado. Sólo la mujer podía formular esta solicitud y no *quivis ex populo*.

El *tutor mulieris* (semejante en esto al *tutor impuberis*) no era nombrado sin más en defecto del tutor testamentario y legítimo, sino (dejando aparte al *tutor praetorius*) solamente cuando autorizaba tal nombramiento una *lex*, un *senatusconsultum* o una *constitutio principis*. Así un tutor *dotis constituendae causa* pudo ser nombrado por el *praetor urbanus* cuando el tutor *legitimus* era *impubes*, mudo o loco, de acuerdo con la *lex Iulia de maritandis ordinibus* y un *senatusconsultum*. Es ésta, la arcaica figura de un tutor incapaz de actuar como tal tutor, lo que viene a ser como una supervivencia del primitivo *munt* que había desaparecido de la esfera propia de la *tutela impuberum* mucho tiempo antes (Gayo 1. 167, *puberem*). Tiene especial importancia el hecho de que el Senado permitiese a una mujer solicitar el nombramiento de un nuevo tutor, cuando el suyo estaba ausente. Ello implica una decadencia de esta especie de tutela, pues los juristas interpretaron liberalmente el principio, estimando que una corta ausencia del tutor, era motivo suficiente para que para que la mujer pudiese interesar el nombramiento de otro. Consiguientemente, una mujer podía comparecer ante el Tribunal, declarar que su tutor se hallaba ausente y solicitar del magistrado el nombramiento de otro tutor, proponiendo al efecto, la persona que previamente le hubiese prometido dar sin dificultad alguna su consentimiento. Esta interpretación resulta correcta, solamente, si se admite que los juristas clásicos estaban convencidos de la irracionalidad de la tutela de las mujeres y que hicieron cuanto estuvo a su alcance, por convertir dicha tutela en una mera formalidad. En todos estos casos, el antiguo tutor no quedaba desposeído de su tutela por el nombramiento del nuevo, y este funcionaba como *tutor adiunctus*.

⁶⁴ Según SCHULZ (*Derecho Romano Clásico*, cit., p. 177), la *lex Atilia* mencionaba de modo expreso el *tutor mulierum*, como demuestran los nuevos fragmentos descubiertos de la *lex Ursonensis*. El capítulo 29 de la *lex Salpensana* se refería también a la *tutela mulierum*, aunque su autor ha redactado tan torpemente su texto, que los investigadores modernos han sido inducidos al error de creer que la tutela de las mujeres fue intencionadamente omitida. En nuestros documentos egipcios el *tutor mulieris* es siempre nombrado *ex lege Iulia et Titia et ex senatus consulto*. En cuanto a este último, es tal vez el *senatusconsultum* citado por Gayo (1.173-82).

4. FUNCIONES DEL *TUTOR MULIERIS*

Antiguamente las funciones de un *tutor mulieris* no diferían de las propias de un tutor *impuberis*, pero en la época clásica la diferencia entre ambas clases de tutela fue muy considerable. El *tutor mulieris* no tenía poder alguno sobre la persona de la mujer o sobre su patrimonio. En ningún caso el tutor actuaba como *negotiorum gestor* sino que era la mujer la que administraba por sí su propio patrimonio. Esto no obstante, la mujer necesitaba de la *auctoritas* de su tutor para realizar válidamente determinados actos jurídicos. La *auctoritatis interpositio* fue ahora la función propia de esta clase de tutela.

Según las Instituciones de Gayo –principal fuente informativa de la *tutela mulierum*- y las Reglas de Ulpiano, el tutor debía prestar su *auctoritas* –y siempre *in presenti*- a los siguientes actos celebrados por la mujer en las siguientes esferas⁶⁵: A) en la procesal, para actuar en los juicios legítimos⁶⁶; B) en la personal, para las manumisiones⁶⁷ y para consentir que la liberta, que ha manumitido, quede en contubernio con un esclavo ajeno⁶⁸; C) en la familiar, para llevar a cabo la *conventio in manum*, mediante *coemptio*⁶⁹ y para la constitución de la dote⁷⁰; D) en los derechos reales, para enajenar *res Mancipi*⁷¹ y para la *in iure cessio*⁷²; E) en las obligaciones, para asumirlas en general⁷³ y poder extinguir créditos sin que se produzca entrega efectiva de dinero –*acceptilatio*-⁷⁴ y F) en la esfera sucesoria, para testar⁷⁵ y adir la herencia⁷⁶.

Pero aun con respecto a la *auctoritas*, la posición de la mujer era privilegiada si se comparaba con la del *pupillus*. La mujer no necesitaba de la *auctoritas* para enajenar una *res nec Mancipi* porque el modo de transmisión de ésta no era formal. Así, también la mujer puede otorgar un préstamo sin recabar el consentimiento del tutor, porque este

⁶⁵ Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 551; PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., p. 288.

⁶⁶ Reglas de Ulpiano, 11.27.

⁶⁷ D.26.8.16; Reglas de Ulpiano, 1.17.

⁶⁸ Reglas de Ulpiano, 11.27.

⁶⁹ Gayo, 1.115; 1.195 a.

⁷⁰ Gayo, 1.178 y 180.

⁷¹ Gayo, 1.92; 2.80; Reglas de Ulpiano, 11.27. Una *constitutio Rutiliana* (Fr. Vat. 1) autorizó la usucapión de la *res Mancipi* vendida y entregada por la mujer sin el concurso del tutor o con el concurso de un falso tutor –*falso tutore auctore*-, siempre que hubiera sido pagado el precio por el comprador. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 287, n. 276.

⁷² Fr. Vat. 45.

⁷³ Reglas de Ulpiano, 11.27.

⁷⁴ Gayo, 2.85.

⁷⁵ Gayo, 1.192.

⁷⁶ Gayo, 1.176; Reglas de Ulpiano, 11.22.

contrato se ejecutaba mediante *traditio* de una *res nec Mancipi* y así también cuando el deudor pagaba lo que debía a la mujer, ésta, no solamente adquiría la propiedad del dinero pagado sino que el deudor quedaba liberado de su débito, ya que la pretensión de la mujer figuraba en la categoría de las *res nec Mancipi*. Además, la mujer era capaz de otorgar un testamento *tutore auctore*, mientras que el *pupillus* no podía otorgarlo ni siquiera con el consentimiento del tutor.

Estas limitadas funciones del *tutor Mulieris* quedaron aún más restringidas, cuando se permitió a la mujer recurrir al magistrado en el caso de que el tutor le negara su consentimiento. El magistrado podía compeler al tutor a prestar su *auctoritas*, aun tratándose de un *tutor legitimus*, si había una razón de peso para forzarle. Esta presión oficial se ejerció incluso en el período antiguo de la República, cuando una mujer deseaba celebrar *confarreatio* o *coemptio*. La jurisprudencia cautelar, haciendo uso de esta posibilidad, creó un remedio por cuya virtud una mujer podía fácilmente liberarse de un tutor importuno.

Una mujer podía celebrar una *coemptio* con un hombre *dicis causa*, y si su tutor rehusaba la necesaria *auctoritas* acudía la mujer al magistrado, el cual podía compeler al tutor a que prestase la *auctoritas* denegada. Por efecto de esta *coemptio* la mujer pasaba a estar sometida a la *manus* de su marido y con ello se extinguía la tutela. El marido mancipaba luego la mujer a B (el cual había sido elegido previamente por la mujer), así que esta se hallaba ahora *in causa Mancipii*; B manumitía luego a la mujer pasando así a ser patrono de esta y, por tanto, su *tutor legitimus*. Este procedimiento conserva todo el sabor de la jurisprudencia republicana antigua y se origina en un tiempo, en que el magistrado no puede aún forzar la *auctoritatis interpositio* de modo normal.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, resulta claro que en la época clásica la *auctoritatis interpositio* se había convertido en una mera formalidad. El tutor daba su consentimiento siempre, ya que sabía que, si lo rehusaba, el magistrado tenía poder para obligarle a prestarlo. Solamente la *auctoritatis* del *tutor legitimus* conservó aún cierta importancia, habida cuenta que el magistrado únicamente le podía obligar *ex magna causa*. Por esta razón, el *senatusconsultum Vellaeianum* (dado bajo Nerón), que prohibía a las mujeres constituirse en fiadoras, no distinguía entre las mujeres *in tutela* y las mujeres libres de ella (por efecto del *ius liberorum*). La *tutela Mulierum* ya no significa

una protección para la mujer, desde el momento en que el tutor da su consentimiento sistemáticamente.

5. RESPONSABILIDAD DEL *TUTOR MULIERIS*

No procedía contra el *tutor mulieris* el ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris* ni de la *actio rationibus distrahendis*, porque no tenía la administración del patrimonio de la mujer. La *actio tutelae* pudo haberse dado contra el *tutor mulieris* para hacer efectiva la responsabilidad por su negligencia en la prestación del consentimiento, pero realmente no sucedió así⁷⁷. Por el contrario, los juristas quisieron facilitar al tutor el cumplimiento de su misión, y para ello, estimaron procedente eximirle de toda responsabilidad. De esta suerte, podía prestar su consentimiento siempre con la seguridad de que no se le derivaría perjuicio alguno por ello. La tendencia de los juristas a minimizar la importancia de esta anticuada institución de la *tutela mulierum* es, pues, evidente. Desde luego, las acciones de *dolo* o la *actio legis Aquiliae* son ejercitables contra el tutor como contra cualquiera otra persona.

6. INVOLUCIÓN DE LA TUTELA DE LAS MUJERES⁷⁸

A) En una primera fase -*ius civile*- su carácter es similar al de la tutela de los impúberes. Es una *potestas* familiar, ejercida en interés de los presuntos herederos de la mujer e iguales son los medios de designación de tutor.

B) En una segunda fase -iniciada en época preclásica- cuando la tutela por las *leges Atilia* y *Iulia Titia* -tutela dativa- asume una nueva función de protección al tutelado, la *tutela mulierum* decae; subsiste más en la forma que en el fondo y su razón de ser no convence, pues la fragilidad del sexo o la falta de madurez de sus juicios, invocadas en las fuentes, nos dirá Gayo (1.190), son razones más aparentes que reales -*magis speciosa quam vera*-.

⁷⁷ Cfr. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 180.

⁷⁸ Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., pp. 286 ss.

Son principales argumentos de la decadencia de la tutela de la mujer:

1º) que en la tutela legítima -recuerda Gayo- la mujer pueda usar la *coemptio* no con fines de matrimonio, sino de evitar la tutela *-tutelae evitendae causa-* sometiéndose a la *manus* de alguien de su confianza, con pacto de emanciparla y, tras hacerlo, convertirse en su tutor *-tutor fiduciarius*⁷⁹ -;

2º) que en la tutela testamentaria -y existiendo matrimonio *cum manu-* el marido puede otorgar a su mujer la facultad de elegir *-optio tutoris*⁸⁰ - tras su muerte, el tutor *-tutor optivus-* que cambiará, a su antojo si la opción es plena;

3º) que es la mujer la que, por sí misma, administra su patrimonio⁸¹ -el tutor no actúa, pues, como *negotiorum gestor-* y

4º) que la intervención del tutor *-auctoritas interpositio-* no se requiere para todos sus actos, sino sólo para algunos y, aún en estos, esta *auctoritas*, no pasa de ser mera formalidad *-diciis gracia*, según Gayo (1.190)- pues también con frecuencia *-saepe etiam-* se ve obligado por el pretor *-a pretore cogitur-* contra su voluntad a hacerlo *-invitus auctor fieri-*.

Los datos expuestos son suficientemente elocuentes para afirmar -como se ha reiterado en doctrina- que es el tutor quien soporta a la mujer, más que la mujer al tutor.

C) En época clásica, la *lex Iulia et Papia Poppaea*, coherente con el fin demográfico que la inspiraba, exime, según Gayo, de tutela legítima a las mujeres que tuvieran el *ius liberorum*⁸². Esto es, tres hijos si son ingenuas y cuatro si libertas, aboliendo Claudio este tipo de tutela⁸³.

⁷⁹ Gayo, 1.114-115; 1.166.

⁸⁰ Gayo, 1.148 ss.

⁸¹ Gayo, 1.190.

⁸² Gayo, 1.145 y 194; 3.44. Vid., CASADO, M. J., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., pp. 128 ss.

⁸³ Gayo, 1.157.

D) Todavía se menciona la tutela de las mujeres en una constitución de Diocleciano⁸⁴, pero en el Derecho postclásico se cierra la involución de la *tutela mulierum*. Extendido el *ius liberorum* a las demás clases de tutela y concedido por Teodosio y Honorio -a. 410- a todas las mujeres del Imperio, la mujer, formalmente, se emancipa⁸⁵.

Para finalizar, cabe convenir con Bonfante, que la historia de la tutela de la mujer no es otra cosa que la historia de la desaparición de la tutela de la mujer.

VI. LIMITACIONES A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA MUJER *SUI IURIS*

La posición jurídica de la mujer era muy inferior a la del hombre. No sólo carecía de capacidad para participar en las tareas políticas, como ya hemos visto, sino que sufría graves limitaciones dentro de la esfera privada⁸⁶.

1. INCAPACIDADES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

1.1. La mujer no goza de la *patria potestas* sobre los hijos⁸⁷.

1.2. La mujer no puede adoptar ni, por supuesto, arrogar.

En una primera época, al ser la *adoptio* en sentido estricto un acto privado de disposición, que no imita a la paternidad natural y sólo posibilita que un *alieni iuris* pase de una familia agnaticia a otra, por sumisión a otra nueva potestad familiar, las mujeres no pueden adoptar⁸⁸. En efecto, como la mujer no puede ejercer nunca la patria

⁸⁴ Cfr. Fr. Vat. 325.

⁸⁵ Vid., CASADO, M. J., *La tutela de la mujer en Roma*, cit., pp. 139 ss.

⁸⁶ Vid. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., pp. 153 s.; ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, cit., vol. I, p. 92. Sobre las limitaciones a la capacidad o incapacidades especiales de la mujer, vid. GARAY CLAUSSEN, G., *Condición de la mujer en Roma*, Santiago de Chile, 1956, pp. 43 ss.

⁸⁷ La idea de una *materna potestas* no es ni siquiera tomada en consideración por los juristas romanos ortodoxos, no obstante, las sugerencias que en favor de la misma les brindaban el Derecho provincial y la costumbre. Cfr. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 135.

⁸⁸ Vid. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 505; PANERO, R., *Derecho Romano*, cit., p. 267; SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 137.

potestad, es lógico que no pueda adoptar. Así lo justifica Gayo (1.104), cuando dice que las mujeres no pueden adoptar de ninguna manera, puesto que ni siquiera tienen potestad sobre los hijos que han tenido naturalmente: *Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent*.

En la última fase del Derecho romano, la adopción tiene como fin imitar o suplir la filiación natural y consolar a quien no tiene hijos, por ello sufre notables variaciones. Justiniano distingue dos clases de adopción: la *adoptio plena* (que produce los mismos efectos que la clásica) y la *adoptio minus plena*. Puesto que la *adoptio minus plena* no confiere al adoptante la patria potestad y sólo otorga al adoptado un derecho de sucesión legítima, esto es, en la herencia *ab intestato* del adoptante, podrá utilizarse por las mujeres para consuelo de la pérdida de sus hijos⁸⁹, *ad solatium liberorum amissorum* (I.1.11.10; C.8.47(48).5).

1.3. La mujer no puede ser tutora ni curadora.

Si la propia mujer, cuando no se encontraba bajo la potestad de nadie, es decir, cuando era *sui iuris*, estaba siempre sometida a tutela, como acabamos de ver en el capítulo anterior, es lógico que no pudiese ser tutora.

Sin embargo, y siguiendo en este aspecto el carácter general de la evolución que experimenta la situación de la mujer en el Derecho romano, se admitieron excepciones a dicho principio.

En el Derecho posclásico, la madre y la abuela tienen acceso a la tutela de sus descendientes, siempre que se comprometan bajo juramento a no contraer nuevas nupcias⁹⁰.

En el Derecho justiniano, la mujer puede adquirir la tutela sobre sus descendientes, si renuncia al beneficio de la *exceptio senatus consulti Velleiani*⁹¹.

⁸⁹ Vid. IGLESIAS, J., *Derecho Romano, cit.*, p. 505; ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano, cit.*, vol. II, p. 738; PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, p. 268.

⁹⁰ C. Th. 3. 17. 4 = C. 5. 3 5. 2; Nov. 118. 5; D. 26. 1. 16 pr.; *eod.*, 18. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano, cit.*, p. 546 y n. 21.

⁹¹ C. 5. 35. 3 pr.; Nov. 118. 5. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano, cit.*, p. 473 y n. 14.

2. INCAPACIDADES EN EL ÁMBITO PROCESAL

2.1. La mujer no puede intentar la *accusatio* en los *iudicia publica*⁹².

2.2. La mujer no puede ejercitar las acciones populares⁹³.

El edicto del pretor prohibía expresamente a la mujer ejercitar la acción o el interdicto popular, salvo si ella estuviera afectada directamente por el hecho doloso. Dice Ulpiano, 25 *ad ed.*, D.47.23.6:

Mulieri et pupillo populares actiones non dantur, nisi cum ad eos res pertineat.

Así que, como pone de relieve el Profesor Enrique Lozano Corbí⁹⁴, la mujer durante el período clásico fue excluida de la legitimación procesal popular, salvo que estuviera directamente afectada.

2.3. La mujer no puede *postulare pro aliis*

También vamos a tratar de la prohibición de que son objeto las mujeres respecto de la *postulatio pro aliis*. Hay que tener en cuenta que quien no podía *postulare* se encontraba limitado en su capacidad de actuar en un juicio, aunque esta restricción no lo llevara a ser considerado plenamente incapaz, ya que esta limitación venía referida a la imposibilidad de participar en los debates ante el magistrado y exponerle las razones propias y las de su patrocinado.

Citando el Edicto del pretor, Ulpiano manifiesta cómo no les estaba permitido *pro aliis postulare*, esto es, abogar por otro, en razón de su sexo:

Secundo loco edictum proponitur in eos qui pro aliis ne postulent: in quo edicto Praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles. Sexum, dum feminas prohibet pro aliis postulare; et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur. Origo vero introducta est a

⁹² Sobre este tema, *vid.* la monografía de RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Ediciones Clásicas, Madrid, 1996.

⁹³ Sobre este tema, *vid.* la interesante monografía de LOZANO CORBÍ, E., *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1982.

⁹⁴ Cfr. LOZANO CORBÍ, E., *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, *cit.*, pp. 99 ss.

Carfania, improbissima femina, quae inverecunda postulans et Magistratum inquietans causam dedit Edicto. Casum... (D.3.1.1.5).

Según Resina⁹⁵, varias son las razones que da Ulpiano para justificar la prohibición de la *postulatio pro aliis*, todas ellas en relación causa-efecto: de un lado, el *sexus* (o mejor, el pudor propio de su sexo: *pudicitia sexui congruens*, en último extremo la costumbre social y la opinión pública); en segundo lugar, el hecho de tratarse de *alienae causae*, como también sucedía a propósito del proceso criminal; en tercer lugar, y como razón última de la prohibición, el evitar que desempeñaran oficios viriles (*ne virilibus officiis fungantur*), y que vendría a constituir el fundamento jurídico de su exclusión tanto de la *accusatio* como del ejercicio de la acción popular.

Lo que, como ya hemos visto, el mismo jurista sostiene de una manera más general, en sus Comentarios a Sabino, al exponer cómo no podían ser jueces, ni desempeñar la magistratura, ni postular ni intervenir por otro, ni ser procuradores, por estar excluidas de todos los oficios civiles o públicos:

*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt; et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire, nec procuratores existere*⁹⁶;

y que recogido por los compiladores justinianos en el título *De diversis regulis iuris antiqui*, lo elevan a la categoría de regla de derecho.

E igualmente viene recogido en el Código de Justiniano, dentro de la rúbrica *De procuratoribus*, el enunciado del principio mediante un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano a Dionisia, en que le responden a la pregunta del supuesto de la defensa de su hijo:

Alienam suscipere defensionem virile est officium, et ultra sexum muliebrem esse constat. Filio itaque tuo, si pupilus est, tutorem pete (C.2.13(12).18).

Diocleciano y Maximiano, en su respuesta, de un lado exponen cómo la defensa de causas ajenas es un *officium* propio de varones, y de otro, en vías de consecuencia, las mujeres quedan excluidas de ella; por ello, deciden que en el caso concreto ella ha de pedir un tutor para el hijo, petición a la que estaba obligada, para que asumiera la defensa del pupilo, ya que excedía de su condición el poder asumirla ella

⁹⁵ Cfr. RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, cit., pp. 84 ss.

⁹⁶ Ulpiano D.50.17.2pr; y Paulo D.3.3.54pr: *Neque femina... idoneus defensor intelligitur*.

personalmente. Lo que concuerda perfectamente con lo establecido para la época clásica, y se consolida (*constat*) en épocas sucesivas. En efecto, era un *officium* que comportaba unas cualidades de idoneidad y capacidad viriles, y, en consecuencia, reservada a los hombres, al igual que la tutela.

Una excepción, sin embargo, viene dada por Paulo, en que se les permitirá, a arbitrio del magistrado, ejercitar por sus padres una acción, como representante, siempre que estos estuvieren impedidos por enfermedad o edad, y no encontraran un patrono que interviniera por ellos:

Feminas pro parentibus agere interdum permittitur causa cognita si forte parentes morbus aut aetas impediat, nec quemquam qui agat habeant.

Pero, en opinión de Resina⁹⁷, ha de verse sólo como un caso muy excepcional a la regla de su prohibición establecida por el Edicto pretorio.

Volviendo al texto de Ulpiano D.3.1.1.5, en que se enuncia el principio de la prohibición del *pro aliis postulare* para las mujeres, concluye éste estableciendo, a continuación, el origen y primera causa de esta disposición, a modo de precedente e ilustración histórica: “esta prohibición fue originada por el caso de Cafarnia, mujer muy descarada, que, al actuar desvergonzadamente como abogada e importunar al magistrado, dio lugar a este edicto.

El suceso al que se hace mención acaece a mediados del siglo I a.C, si se hace coincidir este personaje con la Afrania a que se refiere Valerio Máximo, esposa del senador Licinio Bución:

C. Afrania vero Licinii Buccionis senatoris uxor prompta ad lites contrahendas, pro se semper apud praetorem verba fecit, non quod advocatis deficiebatur, sed quod impudentia abundabat. Itaque inusitatis foro latratibus adsidue tribunalia exercendo, muliebris calumniae notissimum evasit exemplum: adeo ut pro crimine improbis foeminarum moribus C. Afraniae nomen obiiciatur. Prorogavit autem spiritum suum ad C. Caesarem iterum, atque P. Servilium consules. Tale enim monstrum magis quo tempore extinctum, quam quo sit ortum, memoriae tradendum est.

⁹⁷ Cfr. RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, cit., p. 87.

Aunque en este pasaje de Valerio Máximo se lee cómo las reiteradas actuaciones procesales eran para ella misma *-pro se semper apud praetoren verba fecit-*, parece verosímil que no se limitó sólo a abogar en sus propias causas, si se tiene presente, y se acepta como genuino, el fragmento de Ulpiano que alude al origen de la cláusula edictal que prohíbe la defensa de causas ajenas por parte de las mujeres, y donde se hace referencia a *postulans* sin más. Por lo demás, como pone de relieve Resina, no tenemos noticias de la prohibición de abogar en su propia causa a una mujer, antes bien disponemos de ejemplos que hacen pensar lo contrario⁹⁸, es más, el Edicto pretorio, al establecer quienes estaban incapacitados para *postulare pro se*, menciona solo a los menores y al sordo, que se han de valer de un *advocatus* (Ulpiano, D.3.1.1.3).

3. EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

La prohibición de *intercedere* establecida para las mujeres por el Senadoconsulto Veleyano (s. I d. C.)

Los términos *intercedere* e *intercessio* indican, con valor general, la asunción de una garantía. El concepto de *intercessio* -aparte de la acepción de la palabra en el Derecho público romano- es más amplio que el de la fianza, porque abarca todo acto en virtud del cual una persona responde voluntariamente de la deuda de otra. En tal sentido, tanto las garantías personales propiamente dichas, cuanto la novación personal tendente a sustituir el deudor antiguo por otro nuevo *-expromissio-* y la sujeción obligatoria de los deudores solidarios -obligación in *solidum-*, constituyen modalidades de la *intercessio*⁹⁹.

La noción de *intercessio* fue elaborada por los juristas con referencia al Senadoconsulto Veleyano de la época de Nerón (del año 46 d. C.):

D.16.1.2.1 (Ulpiano, l. 29 *ad ed.*)

Postea factum est senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cuius senatus consulti verba haec sunt: «Quod Marcus Silanus et Vellaeus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re

⁹⁸ Cfr. RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, cit., p. 88, n. 194.

⁹⁹ Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 472; ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, cit., vol. II, p. 701.

ita censuere: quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur».

La disposición del Senado, según la referencia de Ulpiano, prohibía a la mujer tomar dinero a préstamo para otro, así como llevar a cabo una *fideiussio*, y probablemente también una *sponsio* y una *fidepromissio*, por medio del recurso, general en esta clase de disposiciones, de ordenar al magistrado que le diera eficacia práctica mediante la *denegatio actionis* al que accionara por esta clase de actos o mediante la concesión de una *exceptio* a la mujer demandada o a sus garantes¹⁰⁰.

La jurisprudencia extendió por analogía esta disposición a todo acto que pudiera considerarse como *intercessio*, comprendiendo en este concepto tanto el hecho de que la mujer prestase garantías reales (prenda, hipoteca) o personales (fianza) o se obligase *in solidum* –intercesión cumulativa- como el de que se colocase en la posición del deudor cuya obligación se extinguía –intercesión privativa-, así como la circunstancia de que se obligase directamente en beneficio de otra persona, con conocimiento de esta finalidad por el acreedor –intercesión tácita-.

Todas estas formas de *intercessio* fueron prohibidas a las mujeres, primeramente en favor de sus maridos¹⁰¹ y después en favor de cualquiera, en virtud de este *Senatusconsultum Velleianum* que, según Paulo, en forma amplia estableció –*plenissimum comprehensum est*- que las mujeres no pudieran asumir garantías por otro –*ne pro ullo feminae intercederent*¹⁰²-.

Los jurisconsultos excluyen de la prohibición los actos efectuados por la mujer en beneficio de alguna persona, pero que no constituían *intercessio*, así como aquellos en que la mujer *suum negotium gessit*. Se permitía que las mujeres pudieran donar el dinero necesario para pagar, que pagasen ellas mismas incluso enajenando bienes; lo que se prohibía por el senadoconsulto era que quedasen respondiendo ellas de la deuda.

¹⁰⁰ Cfr. GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium... cit.*, p. 154. Vid. también GARCÍA GARRIDO, M., “El Senadoconsulto Velleiano”, *AHDE* XXVII-XXVIII (1957-58) pp. 1268-1271.

¹⁰¹ Cfr. GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium... cit.*, pp. 157 ss.

¹⁰² Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano, cit.*, p. 520.

Probablemente, a causa de la manera como el Senado tomaba acuerdos en aquella época en relación con el Derecho privado, el senadoconsulto se limitó a ordenar a los magistrados jurisdiccionales que evitasen dichas intercesiones, y por ello la obligación contraída por la mujer en contra del senadoconsulto no era nula en absoluto, sino que resultaba paralizada en sus efectos por una *exceptio senatusconsulti Velleiani*, con la que la mujer podía oponerse a la demanda del acreedor. Si la mujer paga, ignorando que está asistida por esta defensa, puede reclamar lo pagado. La jurisprudencia admitió, en efecto, que la mujer no queda obligada ni aun *naturaliter*.

Para evitar los efectos injustos que puede producir el ejercicio de la *exceptio* por parte de la mujer, el Pretor concede al acreedor una *actio restitutoria* para dirigirse contra el *prior debitor*, cuando la obligación de éste se ha extinguido como consecuencia de una *novatio necessaria* -la producida por la *litis contestatio* celebrada con la mujer que intercede cumulativamente, en plano de igualdad o en razón subsidiaria- o de una *novatio voluntaria* -caso de la intercesión privativa. Si la intercesión es tácita, se otorga o “instituye” una acción contra el deudor real -*actio institutoria*, como dicen los intérpretes.

Excepcionalmente, no tenía aplicación el senadoconsulto en algunos casos -dolo de la mujer, error excusable del acreedor, menor edad de éste, siendo además insolvente el deudor- en los cuales parecía más digno de protección el acreedor que la intercedente.

Justiniano estableció en esta materia las siguientes modificaciones: 1ª, declaró nulas de pleno derecho las intercesiones de la mujer en favor de su marido; 2ª, declaró también nulas las hechas a favor de otras personas cuando no constasen en documento público suscrito por tres testigos y 3ª, que la mujer no se beneficiase de la *exceptio senatusconsulti Velleiani* cuando declarase en tal documento que no intercedía gratuitamente, sino a cambio de una contraprestación, o si renunciase a la *exceptio* o confirmase la *intercessio* dentro de los dos años siguientes.

Se ha discutido si la disposición senatorial tuvo una finalidad protectora de la mujer o si fue, por el contrario, una prohibición establecida contra la mujer, para limitar

su ámbito de disposición patrimonial¹⁰³. Los textos si, de una parte, utilizan términos que indican claramente la idea de protección, y fundamentan la prohibición en la *infirmas feminarum* o en el *periculum rei familiaris*, de otra parte expresan la idea de que *intercedere pro aliis* es un *officium civile* que, al igual que los *officia publica*, se considera comprendido en los *officia virilia* de los que deben apartarse las mujeres.

Ambas ideas que se han considerado como contrapuestas y de distinta procedencia, según García Garrido¹⁰⁴ coexisten y se complementan en el pensamiento clásico, ya que si bien la disposición senatorial establece una prohibición, que limita la libertad de actuación patrimonial de la mujer, la impone precisamente para protegerla de los perjuicios que su ignorancia o falta de condiciones puede acarrearle. En su opinión, esta finalidad de protección, que quizá acentuara Justiniano, no puede excluirse del pensamiento clásico no sólo por el tenor acorde de los textos, sino también por la misma aplicación práctica del principio, que la mujer hacía valer mediante *exceptio*.

4. INCAPACIDADES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO SUCESORIO

Como veremos, al tratar de la mujer en el Derecho de sucesiones, tenía entre otras las siguientes limitaciones:

4.1. La mujer no puede ser testigo en un testamento.

4.2. La mujer tiene capacidad limitada para suceder por testamento en virtud de la *Lex Voconia*.

VII. LA MUJER EN EL DERECHO DE SUCESIONES

En cuanto al derecho de sucesiones, hay que distinguir la situación en que se encuentra la mujer en la sucesión testada, esto es, cuando existe testamento, y en la abintestada, cuando no lo hay.

¹⁰³ Vid. DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, cit., pp. 126 ss.

¹⁰⁴ Cfr. GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium...* cit., p. 156.

1. LA MUJER EN LA SUCESIÓN *AB INTESTATO*

En la sucesión *ab intestato*, y en el Derecho antiguo, las mujeres son llamadas a la herencia al igual que los hijos de familia, si son *heredes sui* (todas las personas libres que con la muerte del causante pasan a ser *sui iuris*); no distingue la sucesión civil intestada edades ni sexos: impúberes y mujeres heredan lo mismo que los varones púberes. En esta situación se encuentra también la *uxor in manu*, puesto que ocupa el lugar de una hija, y recibirá la misma parte que un hijo -encontrándose la mujer del *filius neptis loco*- (Gayo 1.111; 2.159). No hay, por tanto, en la sucesión civil abintestada distinción en razón del sexo, respecto de los *heredes sui*¹⁰⁵.

Ahora bien, si no existen *heredes sui*, la ley de las XII Tablas establece que la masa hereditaria es adquirida por los agnados colaterales más próximos (esto es, los parientes colaterales más próximos que tendría el causante, sometido a la potestad de un mismo padre de familia, si éste aún viviese), los *adgnati proximi*, y, en defecto también de éstos, por los gentiles: *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* (V.5).

No se hace mención en la Ley a “la agnada” de forma explícita, aunque se puede afirmar que se encuentra en la misma situación que el varón. Será en una época posterior cuando se limite el llamamiento de las agnadas a las hermanas consanguíneas del difunto¹⁰⁶, ya que Paulo, en sus sentencias (4. 8. 20), atribuye esta limitación en el llamamiento de las mujeres en la sucesión de los agnados a la *lex Voconia* del 169 a. C, en razón del sexo. Y Gayo (3.14):

“Nuestras herencias no pertenecen a las mujeres más allá del grado de consanguinidad. Así pues, la hermana es heredera legítima de su hermano o de su hermana; sin embargo, la tía paterna y la hija del hermano (sobrina) no pueden ser herederas legítimas; en cambio la madre y la madrastra que por haber entrado bajo la *manus* han adquirido derechos de su hija con respecto a nuestro padre, están también en el lugar de hermana con respecto a nosotros”.

¹⁰⁵ Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *cit.*, pp. 110 ss.

¹⁰⁶ Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *cit.*, p. 111; IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, *cit.*, p. 618.

Hay que advertir, además, que las mujeres, en cuanto incapacitadas para ser cabezas de familia y para ejercer el atributo de la *patria potestas*, no pueden tener *heredes sui*. La herencia de la madre que muere intestada corresponde a los *adgnati* y a los *gentiles*. La ley de las XII Tablas no autoriza la sucesión recíproca entre madre e hijos, a no ser en la segunda clase civil –*proximus adgnatus*–, y siempre que aquélla estuviera bajo la *manus* de su marido. Además, la mujer –la que está libre de la *manus*– no sucede nunca al marido¹⁰⁷.

Las injusticias de la ley –*iuris iniquitates*– son corregidas por el Pretor. El Edicto pretorio llama a heredar a cuatro clases de personas: *liberi, legitimi, cognati, vir et uxor*. Aunque no se hacen por eso herederas –*praetor heredes facere non potest*–, al conferirles la *bonorum possessio*, están en lugar de tales –*loco heredum constituuntur*–. El Pretor hace justicia a los vínculos de la sangre, emparejándolos con los puramente agnaticios de la vieja y típica familia romana.

Así, nos apunta Gayo (3, 29)¹⁰⁸:

“Las mujeres agnadas que excedan el grado de consanguinidad son llamadas en tercer grado, si no existe ningún heredero directo ni ningún pariente agnaticio”.

En la última clase, *unde vir et uxor*, el Pretor establece un derecho recíproco de sucesión entre marido y mujer, siempre que se trate de matrimonio *iustum*, disuelto por la muerte.

En el Edicto pretorio, la sucesión recíproca entre madre e hijos es posible, pero en la tercera clase, la de los *cognati*, que se ordena tras la de los agnados.

Siguiendo la vía abierta por el Pretor, el Derecho imperial otorga una mayor consideración a los vínculos de la sangre. Un remedio a tales limitaciones –*ius angustiae*– viene dado por Claudio, al conceder a la madre la herencia de sus hijos,

¹⁰⁷ La iniquidad de este derecho sucesorio es puesta de manifiesto por Gayo, 3.18-24. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano, cit.*, p. 619.

¹⁰⁸ Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *cit.*, p. 111.

salvo que el remedio tiene alcance particular: la concesión se hace *ad solatium liberorum amissorum*, para consolarla de la pérdida de los hijos (I.3.3.1)¹⁰⁹.

Suma importancia tienen los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano¹¹⁰, por virtud de los cuales el principio de la consanguinidad penetra en la sucesión agnaticia civil.

Así, la madre que tiene el *ius liberorum*, en virtud del S.C. Tertuliano (dado bajo Adriano: I.3.3.2) tiene un derecho a la sucesión de sus hijos en la clase de los agnados, incluso de los nacidos fuera del matrimonio, siempre que mueran sin *heredes sui*, en concurso con las hermanas consanguíneas del difunto, con preferencia a los demás agnados, algo ya iniciado en tiempos del Emperador Claudio (I.3.3.1).

Posteriormente, con Marco Aurelio, en virtud de otro S.C. del año 178, el Orficiano (D.38.18.17; I.3.4) se reconoce el derecho recíproco de los hijos a la sucesión de la madre, situándose éstos antes que los agnados en el llamamiento, como si fueran *heredes sui*, ya que, al carecer de *potestas*, no pueden tener *sui*.

Y, por último, en el Derecho postclásico, en el Bajo Imperio, el derecho sucesorio de la madre se verá incrementado, al adquirir cuando menos -en el supuesto de no tener el *ius liberorum*-, un tercio de la herencia de sus hijos (C.Th.5.1.1-318; 5. 1.7-426). Es más, en el derecho justiniano la exigencia del *ius liberorum* desaparece (C.7.58.2; año 528), quedando excluida sólo por los *sui heredes* y por el padre natural. Mediante las Novelas 118 y 128, de los años 543 y 548 respectivamente, se establece definitivamente el parentesco de sangre, derogándose el sistema de familia civil o agnada, y adquiriendo la mujer plena capacidad sucesoria¹¹¹.

¹⁰⁹ Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 620.

¹¹⁰ Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, cit., pp. 111 s.; IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 621.

¹¹¹ Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, cit., p. 112; IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., p. 621 ss.

2. LA MUJER EN LA SUCESIÓN TESTADA

En la sucesión testada, la incapacidad de las mujeres queda patente¹¹² en la imposibilidad de otorgar testamento, ni actuar como testigos¹¹³ en un acto de este tipo, en el antiguo derecho romano, si bien pueden adquirirla mediante el expediente de la *coemptio fiduciaria*¹¹⁴ de las mismas, hecha a una persona de confianza de la mujer con esa finalidad, y con la correspondiente renuncia a la *manus (remancipatio)* y posterior *manumissio*.

Será a partir de un S.C. de la época de Adriano, y hasta que desaparece la *tutela mulierum*, cuando las mujeres adquieran la capacidad de testar -si están bajo tutela- con la *auctoritas* del tutor¹¹⁵ siempre que fueran mayores de doce años (Paulo, Sent. 3.4 a. 1ss.), sin necesidad de acudir al mecanismo de la *coemptio testamenti faciendi gratia*, una vez abolida la tutela legítima de los agnados bajo el reinado de Claudio (Gayo 1.157).

En cuanto a la capacidad para ser instituida heredera, encuentra ésta limitaciones por una *lex Voconia*¹¹⁶ del 169 a. C. según la cual no podía ser instituida por un testador que perteneciera a la primera clase del censo -los más ricos: más de 100.000 sextercios- (Gayo 2.274); prohibición que, con la desaparición del censo de fortunas, cayó en desuso durante el principado, entre otras causas, por hacerse imposible su cumplimiento, y por el uso, en su lugar, del fideicomiso, como nos expone Gayo (2.274):

“Asimismo, la mujer, que, en virtud de la ley Voconia, no puede ser instituida heredera de aquel que figuraba en el censo con una fortuna de cien mil sextercios, puede, sin embargo, adquirir la herencia dejada mediante fideicomiso”;

¹¹² Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *cit.*, pp. 112 s.

¹¹³ I.2.10.6; Vid. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, *cit.*, p. 596

¹¹⁴ Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, *cit.*, pp. 599 s. Sobre la capacidad de las mujeres para otorgar testamento, vid. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1986, p. 695.

¹¹⁵ Gayo, 1.115a; 2.112-113. No siendo tutor legítimo, el Pretor suele conceder la *bonorum possessio* con referencia al testamento hecho sin la *auctoritas tutoris*; Gayo, 2.118-122.

¹¹⁶ Cfr. RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *cit.*, pp. 112 s.; IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, *cit.*, p. 602; D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Pamplona, 1991, & 278, p. 330.

o mediante legado, al igual que los herederos (Gayo 2.226), si bien se encontraba limitada en este caso por lo que recibía el instituido heredero.

VIII. CONCLUSIONES

1ª Es incuestionable que la sociedad romana, como todas, está basada en la desigualdad, girando según los diferentes períodos en torno a libres/esclavos, patricios/plebeyos, *honestiores/humilliores*, dominadores/súbditos, ciudadanos/no ciudadanos y hombres/mujeres; en suma, privilegiados/no privilegiados, en lo que respecta a la participación en la vida de la *Civitas*, tanto en las relaciones jurídicas públicas como en las privadas. En este sentido, podemos afirmar que la mujer en Roma, como en la mayor parte de los pueblos antiguos, no está equiparada al hombre y, desde el punto de vista jurídico, se encuentra en una posición de inferioridad respecto a éste, debido a causas de muy diversa índole, como ya hemos puesto de relieve a lo largo de este trabajo.

Además, ha de añadirse que nos encontramos con un Derecho, el Derecho romano, hecho por y para los hombres, un Derecho eminentemente patriarcal. Los propios romanos eran conscientes de que se trataba de un Derecho que obligaba a todos, hombres y mujeres, pero cuyo origen se encontraba en el elemento masculino, como se desprende de la lectura de este verso de los *Annales* de Ennio, recogido por Cicerón en su *Republica: moribus antiquis res stat Romana virisque* (Cic., *De rep.* 5.1.1). También Papiniano reconoce la inferior condición jurídica de las mujeres respecto de los varones, cuando dice: *In multis iuris nostris articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum* (D.1.5.9). Lo que permite decir a Ulpiano: *maior dignitas est in sexu virili* (D.1.9.1).

2ª En el ámbito del Derecho público, la mujer, aunque tenía la ciudadanía, no era considerada *civis optimo iure* ya que carecía de todos los derechos políticos: *ius suffragii*, *ius honorum*, *ius militiae* y *provocatio ad populum*. Además, su participación en la vida política de la *Civitas* era nula, al estar excluida de los *officia civilia et publica*, considerados por la costumbre como *officia virilia*, estándole vedado el acceso

a las Asambleas populares, a las Magistraturas y al Senado. Además, en este ámbito, la condición de la mujer poco mejoró a lo largo de los siglos.

3ª En el ámbito del Derecho privado, sólo el varón libre, ciudadano y *sui iuris* - *paterfamilias*- podía tener plena capacidad jurídica. Ahora bien, en nuestra opinión, aunque la mujer libre, ciudadana y *sui iuris* no podía tener plena capacidad jurídica, es obvio que gozaba de capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, si bien, por el hecho de ser mujer, sufría graves limitaciones no sólo en su capacidad de obrar sino también en su capacidad jurídica.

4ª Dentro del grupo familiar agnaticio, las mujeres podían ser *alieni iuris* o *sui iuris*.

Las mujeres *alieni iuris* eran las que estaban sometidas a la *patria potestas* o la *manus* del *paterfamilias*. Bajo la *patria potestas* se encontraban las hijas legítimas del *paterfamilias* y las descendientes legítimas de los varones *filiifamilias* sometidos a la *patria potestas* del *paterfamilias*, independientemente de su edad, y no sólo las solteras, sino también las casadas, siempre que el matrimonio no se hubiese acompañado de la *conventio in manum* (las casadas *sine manu*) y además las adoptadas por el *paterfamilias*. Bajo la *manus* se encontraban la esposa del *paterfamilias*, cuando el matrimonio se hubiera acompañado de la *conventio in manum* (*loco filiae*), y las esposas *cum manu* de los *filiifamilias* sometidos a la *patria potestas* del *paterfamilias* (*loco neptis*).

Las mujeres *sui iuris* eran las que no estaban sometidas a ninguno de los poderes del *paterfamilias*: ni a la *patria potestas* ni a la *manus*. En esta situación se encontraban: las que estando directamente sometidas a la *patria potestas* o a la *manus* del *paterfamilias* se hacían *sui iuris*, al morir éste; las emancipadas por su *paterfamilias* y las mujeres casadas *cum manu* que, tras el divorcio, extinguían la *manus* por *contrarius actus*, quedando algunas veces en situación de *sui iuris*.

Las mujeres *sui iuris* impúberes (menores de 12 años), al igual que los varones *sui iuris* impúberes (menores de 14 años), carecían de capacidad de obrar y estaban sometidas, por razón de edad, a la común tutela de los impúberes (*tutela impuberum*).

Pero además, a diferencia de los varones *sui iuris* púberes que tenían plena capacidad de obrar, al menos a partir de los 25 años, las mujeres *sui iuris* púberes, independientemente de su edad y de que estuviesen solteras, divorciadas, viudas o casadas *sine manu*, tenían también limitada su capacidad de obrar y estaban sometidas a otra tutela perpetua, por razón de su sexo, la tutela de las mujeres (*tutela mulierum*).

5ª) Las mujeres libres, ciudadanas romanas y *sui iuris* tenían capacidad jurídica, es decir, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, aunque, por el hecho de ser mujeres, también sufrían graves limitaciones en dicha capacidad: no podían ejercer la *patria potestas* ni, por consiguiente, adoptar o arrogar, ni ser tutoras o curadoras; no podían ser jueces ni intentar la *accusatio* en los *iudicia publica* ni ejercitar las acciones populares ni *postulare pro aliis*; a partir del Senadoconsulto Veleiano (del s. I d. C.) se les prohibió la *intercessio*; además de otras muchas limitaciones en el ámbito del Derecho privado, como las que tenían en el Derecho sucesorio y las derivadas del matrimonio.

Se ha discutido en la doctrina si algunas de estas limitaciones tuvieron una finalidad protectora de la mujer o si fueron, por el contrario, prohibiciones establecidas contra ella, para frenar la creciente emancipación femenina, en un intento de volver a las antiguas costumbres que prescribían que la mujer debía encontrarse siempre fuera de los oficios reservados a los varones. En nuestra opinión, ambas ideas, que se han considerado como contrapuestas y de distinta procedencia, pudieron coexistir en el Derecho clásico. Ahora bien, tal vez la motivación última de muchas de estas limitaciones se encuentre en el sistema patriarcal en que se ven inmersas y, como indicaba Paulo, en las costumbres (D.16.1.1.1 y D.5.1.12.2).

6ª) A pesar de lo expuesto hasta ahora, y el panorama no excesivamente favorable a la mujer en lo que se refiere a su condición jurídica, esta situación vino a atenuarse mediante una serie de medidas, concepciones y usos sociales, a veces más fuertes y decisivos que cualquier legislación tendente a establecer limitaciones, que la fueron equiparando paulatinamente al varón.

Por lo que se refiere al hecho de que la mujer *sui iuris* púber estuviera sometida a tutela, cuando la tutela, por las *leges Atilia* y *Iulia Titia* -tutela dativa-, asume una nueva

función de protección al tutelado, la *tutela mulierum* decae; subsiste más en la forma que en el fondo y su razón de ser no convence, pues la fragilidad del sexo o la falta de madurez de sus juicios, invocadas en las fuentes, nos dirá Gayo (1.190), son razones más aparentes que reales -*magis speciosa quam vera*-.

De estas palabras de Gayo -que no encuentra una justificación racional a esta institución, ni social ni jurídica para la mujer adulta- se puede deducir que en la época en que escribe su Instituciones (s. II d. C.) repugna esta situación al derecho natural -*naturalis ratio*- y se ha producido, de hecho, una evolución en la carrera hacia la emancipación de la mujer romana, y reflejada en su nueva posición jurídica, lo que se puede retrotraer, sin duda, a los inicios del Principado ya que se dan cita una serie de circunstancias que favorecen esta nueva consideración.

De un lado, se ha producido una relajación y flexibilidad respecto del poder marital sobre ella en el matrimonio *cum manu*, que culminará con su casi total desaparición conforme avanza el siglo I d. C., al generalizarse el matrimonio *sine manu* acompañado esto de un movimiento social en aras de la independencia de la mujer.

De otro, vamos a asistir, en la esfera de los derechos patrimoniales, a su actuación en el mundo negocial -ejemplos de ello no faltan, como el de Terencia, esposa *sine manu* de Cicerón, citado por todos los que han tratado esta cuestión-, incluso en la esfera procesal tendrán capacidad para intervenir por otro ante un magistrado como abogadas (*postulare pro aliis*), si bien serán dictadas medidas por parte del Edicto del Pretor tendentes a prohibir que tal actuación pueda producirse, y que Ulpiano en D.3.1.1.5 justifica, así como que desempeñen oficios civiles.

7ª) Pese a ello, la institución de la *tutela mulierum*, caduca ya al final de la República y calificada por Gayo de irracional, pervive en la época clásica, necesitando aún que el tutor preste su *auctoritas* a la hora de realizar válidamente negocios formales, por lo demás poco numerosos y en desuso en esta época, por ejemplo, la enajenación de una *res Mancipi*, la *acceptilatio*, la *in iure cessio*, la *manumissio*; contraer obligaciones (Gayo 1. 192); actuar en un juicio mediante las acciones de la ley, también en desuso ya en el siglo I, y en los juicios legítimos (desaparecidos ambos en el siglo IV); la autorización a una liberta para quedar en contubernio con un esclavo ajeno, a los que

habría que añadir la adición de la herencia, la redacción de un testamento y *la conventio in manum*.

No obstante, no deben magnificarse estas prohibiciones de actuación hasta el punto de pensar que la mujer no tenía ninguna actividad fuera de la familia. Por el contrario, la mujer puede realizar, sin la *auctoritas tutoris*, numerosos actos, como enajenar cosas *nec Mancipi*, recibir un pago, tomar dinero en préstamo, realizar actos de Derecho pretorio y los de Derecho de gentes -los más frecuentes e importantes desde el punto de vista práctico-, e intentar una acción a través de un *iudicium imperio continens* -los no basados en la ley sino en el *imperium* del magistrado- y en el procedimiento *extra ordinem*.

Incluso, hay que tener presente que en ningún caso corresponde al tutor ni cuidar de la persona de la mujer ni va a actuar como un gestor de sus negocios, sino que, como dice Gayo, ellas llevaban directamente sus negocios: *mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant* (1.190) y administraban por sí su propio patrimonio; la función del tutor no era otra que la de prestar su *auctoritas*, y sólo en los casos y en los límites que hemos reseñado anteriormente.

Es más, paulatinamente, la importancia práctica de la interposición de la *auctoritas* fue cada vez menor, y así se admitió que el magistrado, a instancia de la mujer, pudiera obligar al tutor a prestar su *auctoritas* en los negocios jurídicos realizados por ella, siempre que mediaran motivos suficientes (Gayo 1.190). A esta progresiva debilitación de la tutela habría que añadir la posibilidad, ya existente en la época republicana, de que a la mujer casada *cum manu* le concediera el marido en su testamento la facultad plena o restringida de elegir ella misma, una vez fallecido aquél, el propio tutor para toda clase de negocios en que lo necesitara -*tutor optivus*- (Gayo, 1.150-154). Además, la misma jurisprudencia republicana ideó el mecanismo jurídico para evitar la tutela, la *coemptio tutelae evitandae causa*: la mujer *sui iuris*, con la *auctoritas* de su tutor, se sometía mediante *coemptio* a la *manus* de un tercero de su confianza y con el que se había puesto de acuerdo, con el pacto de que la vendiera a quien ella deseara, convirtiéndose éste en su tutor fiduciario, tras manumitirla *vindicta* (Gayo 1.115).

8ª) Nos encontramos, pues, con una tutela cada vez más vacía de contenido y sin sentido, como apuntaba el texto de Gayo al que antes nos hemos referido; algo que, ya iniciado a finales de la República, comenzaba a perfilarse y materializarse con la legislación de Augusto, en concreto mediante el privilegio del *ius liberorum* conferido por la leyes *Iulia* y *Papia Poppaea*, que establecían la exención de la tutela de la mujer ingenua con tres hijos o cuatro si era liberta y se hallaba sujeta a tutela legítima (Gayo 1. 194); lo que deja patente que la justificación de la tutela no habría que buscarla en la incapacidad natural de la mujer, puesto que el hecho de tener más hijos no conllevaría la desaparición de su falta de capacidad, ni en la *infirmitas*, la *imbecillitas* o la *levitas sexus*. Más tarde, esta exención se ampliaría a voluntad de los emperadores a otras categorías de mujeres y a casos concretos.

Otro hito que colabora a la independencia jurídica y emancipación de la mujer, y en consecuencia a la paulatina desaparición de la incapacidad que recaía sobre ella, lo constituye la adquisición progresiva de la capacidad de los hijos de familia, sobre todo a través de los peculios, de los que podían ser destinatarias también las hijas, así como el debilitamiento que experimentan los poderes del *paterfamilias* sobre los sometidos a potestad. A ello habrían de añadirse los casos en los que a la mujer viuda se le encomendará el cuidado y educación de sus hijos y, junto al tutor, la administración de los bienes de éstos, eso sí, sin ser consideradas jurídicamente tutoras.

9ª) Toda estas medidas tendentes a mejorar su capacidad jurídica y su capacidad de obrar, que van surgiendo durante todo el período clásico, culminan en la época post-clásica en que se produce una equiparación casi total respecto al hombre. Así, de un lado, el poder del marido, la *manus*, que había comenzado su declive ya desde los comienzos del Principado, va a desaparecer completamente en la época post-clásica. Se puede hablar desde entonces de una sociedad conyugal, que vendrá consagrada por la definición que del matrimonio nos proporciona Modestino: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (D.23.2.1). De otro, la *tutela mulieris* desaparece igualmente desde Constantino, incluso tal vez desde Diocleciano, salvo excepciones en algunas provincias del Imperio de oriente, no quedando vestigios de esta institución tutelar en el *Codex Theodosianus* ni en el Derecho justiniano.

Con estas dos conquistas, la mujer va a adquirir plena capacidad de actuación en el mundo de los negocios, podrá ser tutora de sus hijos (C.5.35.2) y adoptar, podrá ser instituida heredera sin ninguna limitación y testar. En el ámbito procesal, podrá actuar como parte en cualquier proceso, incluso como *cognitor* cuando se trate de asuntos propios, aunque continuará la prohibición que le impide *postulare pro aliis*. Esta evolución de la capacidad jurídica de la mujer tendrá su culmen en el Derecho justiniano, en el que no existen incapacidades en razón del sexo, salvo ciertas medidas protectoras, como por ejemplo la del Senadoconsulto Velejano, si bien con algunas modificaciones.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, 18ª ed., Tercera reimpresión, vols. I y II, Madrid, 1991.

CASADO, M. J., *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid, 1972.

DE BEAUVOIR, S., *Le Deuxième Sexe I. Les faits et les mythes*, París, 1949.

DEL CASTILLO, A., “El papel económico de las mujeres en el Alto Imperio Romano”, *RIS* XXXII, 1974, pp. 59 ss.

DEL CASTILLO, A., *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d. C.*, Granada, 1976.

DEL CASTILLO, A., “Apuntes sobre la situación de la mujer en la Roma Imperial”, *Latomus* 38 (1979) pp. 173-187.

D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Pamplona, 1991.

GAGO DURÁN, M., *La emancipación de la mujer romana en la Bética del Alto Imperio*, Córdoba, 2012.

GARAY CLAUSSEN, G., *Condición de la mujer en Roma*, Santiago de Chile, 1956.

GARCÍA GARRIDO, M., “Conventio in manum y matrimonio”, *AHDE* XXVI (1956) pp.781-787.

GARCÍA GARRIDO, M., “El Senadoconsulto Velejano”, *AHDE* XXVII-XXVIII (1957-58) pp. 1268-1271.

GARCÍA GARRIDO, M., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma – Madrid, 1958.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10ª ed., Barcelona, 1990.

LÓPEZ-AMOR, M., “La mujer romana a través de la sátira VI de Juvenal”, *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias*, vol. III, Madrid, 1988, pp. 1475-1485.

LOZANO CORBÍ, E., *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1982.

LOZANO CORBÍ, E., *Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Mira editores, Zaragoza, 1999.

MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1992.

OLÍS ROBLEDA, S. J., *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970.

PANERO, R., *Derecho Romano*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RESINA, P., “La condición jurídica de la mujer en Roma”, *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo* (A. López – C. Martínez – A. Pociña, eds.), Granada, 1990, pp. 97-119.

RESINA, P., *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Ediciones Clásicas, Madrid, 1996.

SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, trad. por J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960.

THOMAS, Y., “La división de los sexos en el Derecho romano”, *Historia de las mujeres*, vol. 1, La antigüedad, editorial Taurus, Madrid, 1991, pp. 115-179.

VARELA MATEOS, E., *De contutoribus (Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho romano)*, Madrid, 1979.

VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1986.